



Zahl: S VNP/06/2018.002/025

Eisenstadt, am 28.08.2018

Vergabeverfahren „*Ambulante  
MRT-Befundungen für die Standorte  
Güssing / Kittsee / Oberwart*“;  
Administrativsache, Nachprüfungsverfahren

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Burgenland hat durch den Senatsvorsitzenden Dr. Giefing und die Richterinnen Mag.<sup>a</sup> Obrist und Dr.<sup>in</sup> Handl-Thaller im Nachprüfungsverfahren gemäß § 2 Abs. 3 Z 2 des Burgenländischen Vergaberechtsschutzgesetzes betreffend das Vergabeverfahren „*Ambulante MRT-Befundungen für die Standorte Güssing / Kittsee / Oberwart*“ der Auftraggeberin Burgenländische Krankenanstalten-Gesellschaft m.b.H. (KRAGES) in 7000 Eisenstadt, Josef Hyrtl-Platz 4, vertreten durch die Dax & Partner Rechtsanwälte GmbH in Eisenstadt, über den Antrag der \*\*\*, vertreten durch Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati Rechtsanwälte GmbH in Wien, vom 23.07.2018 (mitbeteiligte Partei: \*\*\*, vertreten durch Saxinger, Chalupsky & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien)

zu Recht e r k a n n t:

- I. Dem **Antrag**, das Landesverwaltungsgericht Burgenland möge die „*Zuschlagsentscheidung vom 13.07.2018 zugunsten von '\*\*\*', ergänzt durch die Mitteilung vom 20.07.2018, dass es sich beim Bestbieter um \*\*\* handle, im Vergabeverfahren 'Ambulante MRT-Befundungen für die Standorte Güssing / Kittsee / Oberwart' hinsichtlich aller drei Lose für nichtig zu erklären*“, wird gemäß § 2 Abs. 1 und 3 Z 2 und § 7 Abs. 1 des Burgenländischen Vergaberechtsschutzgesetzes – Bgld. VergRSG, LGBl. Nr. 66/2006, in der Fassung des Gesetzes LGBl. Nr. 43/2018, **dahingehend stattgegeben**, als die **Zuschlagsentscheidung vom 13.07.2018 zugunsten von „\*\*\*“ für nichtig erklärt wird**; der **darüber hinausgehende Antrag**, auch die „*Mitteilung vom 20.07.2018, dass es sich beim Bestbieter um \*\*\* handle*“, für nichtig zu erklären, wird **als unzulässig zurückgewiesen**.
- II. Dem **Antrag**, das Landesverwaltungsgericht Burgenland möge „*der Auftraggeberin den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren für diesen Nachprüfungsantrag iHv EUR 1.751,-- sowie für den Antrag auf Einstweilige Verfügung iHv EUR 875,50, gesamt sohin EUR 2.626,50, zu Handen der Antragstellervertreter auferlegen*“, wird gemäß den §§ 22 und 23 Bgld. VergRSG **stattgegeben**.
- Die **Burgenländischen Krankenanstalten-Gesellschaft m.b.H. als Auftraggeberin** wird **verpflichtet, der Antragstellerin** zu Handen ihrer Rechtsvertreter die für den Nachprüfungsantrag sowie den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten und beantragten **Pauschalgebühren von insgesamt 2 626,50 Euro binnen 14 Tagen** ab Zustellung des Erkenntnisses bei sonstiger Exekution **zu ersetzen**.
- III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine **ordentliche Revision** an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG **unzulässig**.

## **E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e**

### **I.    **Verfahrensgang, Vorbringen:****

I.1. Die **Antragstellerin**, \*\*\*, vertreten durch Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati Rechtsanwälte GmbH in Wien, hat mit **Eingabe vom 23.07.2018** einen Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 13.07.2018 zugunsten der „\*\*\*“, ergänzt durch die Mitteilung vom 20.07.2018, wonach es sich beim Bestbieter um \*\*\* handle, im Vergabeverfahren „*Ambulante MRT-Befundungen für die Standorte Güssing / Kittsee / Oberwart*“ hinsichtlich aller drei Lose gestellt – verbunden mit dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Unter einem wurden die Durchführung einer mündlichen Verhandlung im Nachprüfungsverfahren und die Zuerkennung von Pauschalgebühren in der Höhe von insgesamt 2 626,50 Euro beantragt.

Zur Begründung führte die Antragstellerin zum Antrag auf Nichtigerklärung im Wesentlichen Folgendes aus:

Das gegenständliche Vergabeverfahren betreffe die Beschaffung von MRT-Befundungsleistungen für die drei KRAGES-Krankenhäuser Güssing, Kittsee und Oberwart durch einen externen Befunder. Die radiologischen Untersuchungen selbst sollten nach den Festlegungen der Ausschreibung durch Mitarbeiter der KRAGES auf (parallel beschafften) krankenhauseigenen MRT-Geräten durchgeführt werden. Die Auftraggeberin habe mit EU-weiter Bekanntmachung vom 21.12.2017 das Vergabeverfahren „*Ambulante MRT-Befundungen für die Standorte Güssing / Kittsee / Oberwart*“ ausgeschrieben. Die Ausschreibung sei in drei Losen für die genannten drei Standorte erfolgt.

Die Antragstellerin, welche selbst jahrzehntelange Expertise im Bereich der bildgebenden Diagnostik aufweise, habe sich mit einem hochkarätigen Team an diesem Verfahren beteiligt und maßgebliche Mühen in die Erstellung eines qualitativ hochstehenden Angebots gesteckt. Neben Kosten für externe Rechts- und sonstige Beratungsleistungen im Ausmaß von einigen zehntausend Euro habe die Antragstellerin selbst für die Vorbereitung der Angebote sowie deren Verhandlung und Präsentation bei der Auftraggeberin einige Hundert Personalstunden investiert. All diese Aufwendungen würden im Fall des Zuschlags an den präsumtiven Bestbieter frustriert sein. Weiters würden der

Antragstellerin, welche ihre Tätigkeiten auch auf Märkten außerhalb von Wien ausweiten wolle, ein wichtiger Referenzauftrag und die daraus lukrierbaren Gewinne entgehen. Dies stelle nach stRsp für sich einen hinreichenden drohenden Schaden dar. Gleichermäßen würden der Antragstellerin nun interne und externe Kosten für die Bekämpfung der rechtswidrigen Zuschlagsentscheidung, welche sie, neben den zu entrichtenden Pauschalgebühren, vorsichtig ebenfalls mit einigen tausend Euro beziffere, erwachsen.

Angefochten werde die am 13.07.2018 ergangene Zuschlagsentscheidung zugunsten „\*\*\*“ hinsichtlich aller drei Lose.

Am 13.07.2018 sei diese Zuschlagsentscheidung zugunsten einer – ohne nähere Angaben so bezeichneten – „\*\*\*“ ergangen. Die Antragstellerin sei angesichts der vagen Angaben in der Zuschlagsentscheidung auf die bloße Vermutung angewiesen, dass hinter dieser Bezeichnung \*\*\*, Facharzt für Radiologie, stehe. Eine diesbezügliche Anfrage der Antragstellerin vom 16.07.2018 habe die Auftraggeberin erst am Freitag 20.07.2018 gegen Abend hin knapp damit beantwortet, dass es sich beim Bestbieter um \*\*\* „handelt“. Dieser sei, wie die Antragstellerin aufgrund eigener Recherchen wisse, Leiter der KRAGES-Abteilung „Radiologieverbund Burgenland Mitte-Süd“, der derzeit, neben Oberpullendorf, auch die ausschreibungsgegenständlichen Standorte Güssing und Oberwart umfasse.

Anders gewendet: Die vorliegende Zuschlagsentscheidung laute allem Anschein nach zu Gunsten des Leiters jener KRAGES-Abteilung, für die die ausgeschriebenen Befundungsleistungen erbracht werden sollten. Die Optik dieser beabsichtigten Vergabe sei selbstredend außerordentlich seltsam, zumal auch auf Nachfrage die vergebende Stelle die längste Zeit nicht erklären hätte können oder wollen, wer hinter der „\*\*\*“ stehe.

Der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung seien, wie die Antragstellerin ebenfalls erst nachträglich feststellte habe, Berichte in diversen Medien sowie auf der Website der KRAGES selbst vorangegangen, die die Installierung neuer MRT-Geräte an den genannten KRAGES-Standorten sowie die künftige Verbesserung bei Terminvergaben und in der Patientenbetreuung bei der Befundung thematisiert hätten. Herr \*\*\* werde hier mit der Aussage zitiert, dass die radiologische Diagnostik mit den neuen MRT-Geräten „auf den neuesten

*Stand*" kommen würde und dass durch eine „zentrale und transparente Terminverwaltung“ (wie dies übrigens Teil des Konzepts der Antragstellerin gewesen sei) Wartezeiten deutlich abgekürzt würden.

Außerdem heiÙe es in den Medienberichten, in denen Herr \*\*\* mit weiteren KRAGES-Vertretern vor dem neuen MRT-Gerät im Krankenhaus Güssing abgebildet sei, dass der Patientenbetrieb hier bereits am 09.07.2018 – also vier Tage vor Versendung der Zuschlagsentscheidung – den Betrieb aufnehmen würde. Am Tag danach, also am 10.07.2018, würde Güssing auch die Untersuchungen für Oberwart übernehmen, wo das alte Gerät gerade abgebaut und ausgetauscht werden würde. Lediglich Kittsee würde erst Anfang 2019 starten.

Die Antragstellerin verstehe dies angesichts des Umstandes, dass in der Zuschlagsentscheidung eine Stillhaltefrist bis 23.07.2018 angeführt sei, zwar nicht so, dass die Antragstellerin den Zuschlag bereits – in unzulässiger Weise – vor Bekanntgabe dieser Entscheidung erteilt habe. Jedenfalls aber würden diese Medienberichte nahelegen, dass der präsumtive Bestbieter zumindest schon Tage vor der offiziellen Zuschlagsentscheidung über den Verfahrensausgang informiert gewesen sein müsse und so gewisse Vorbereitungsmaßnahmen für die Vertragserfüllung durchführen hätte können. Anders hätte er wohl schwerlich über Details der künftigen (ambulanten) Patientenbetreuung berichten können.

Die Antragstellerin erachte sich sohin in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung, rechtmäßiges Zustandekommen sowie gesetzmäßige Begründung der Zuschlagsentscheidung, Bietergleichbehandlung, gesetzmäßige Durchführung des Vergabeverfahrens, Einhaltung des Wettbewerbs- und Transparenzgrundsatzes, Nichtzulassung nicht geeigneter Bewerber, Ausscheiden ausschreibungswidriger Angebote, konkret des in Aussicht genommenen Angebots, Einhaltung der Zuschlagskriterien sowie – hilfsweise – auf Widerruf des Verfahrens und Teilnahme an einem neuen Verfahren verletzt.

Die Zuschlagsentscheidung sei unbestimmt. Zur Begründung der Zuschlagsentscheidung werde in stRsp judiziert, dass die Bieter – schon zu Beginn der Stillhaltefrist – diejenigen Informationen vom Auftraggeber erhalten müssten, die ihnen die Beurteilung erlauben würde, ob die Entscheidung korrekt zustande gekommen sei und ob eine Bekämpfung aussichtsreich sei.

Die Bekanntgabe einer Zuschlagsentscheidung, zu der der Auftraggeber erst eine Woche später eine (gleichermaßen ungenügende) Erklärung nachschicke, um wen es sich dabei eigentlich „handelt“, sei gewiss nicht im Sinne des BVergG.

Wie dargelegt, sei der mitgeteilten Zuschlagsentscheidung selbst nicht einmal zu entnehmen, welcher Rechtsträger hinter „\*\*\*“ stehen solle. Die „nachgeschobene“ Bezugnahme der vergebenden Stelle auf „\*\*\*“ stehe natürlich in keinem Bezug zu der Bezeichnung „\*\*\*“. Es sei ja nicht einmal ersichtlich, ob es sich um eine freiberufliche Ordination, eine Gruppenpraxis oder ein Ambulatorium handeln würde. Bereits an dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass die Leistungserbringung durch angestellte Spitalsärzte im Rahmen dieser Ausschreibung unzulässig sei (siehe OGH 10 ObS 109/16a).

In den online zugänglichen Verzeichnissen der Ärztekammern sei ein Eintrag mit dem Wortlaut „\*\*\*“ (oder ähnlich) nicht auffindbar. Die Antragstellerin könne daher, obwohl sie über langjährige Branchenkenntnisse verfüge, anhand der Angaben in der Zuschlagsentscheidung nicht im Mindesten nachvollziehen, ob der genannte Bieter die Mindestanforderungen für den ausgeschriebenen Auftrag erfülle und ob ein Rechtsträger unter dieser Bezeichnung überhaupt existiere. Sie sei diesbezüglich, zumal auch die diesbezüglichen Anfragen unbeantwortet geblieben seien, weiterhin auf Vermutungen angewiesen.

Die Antragstellerin sei somit derzeit auch nicht in der Lage, ihr Vorbringen im Hinblick auf das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers und dessen Leistungsfähigkeit noch weiter zu substantiieren. „Genaueste Darlegungen“ durch die Antragstellerin seien vor diesem Hintergrund derzeit aber auch nicht geboten (VwGH 29.01.2018, Ra 2016/04/0005). Die Antragstellerin behalte sich näheres Vorbringen zum in Aussicht genommenen Bestangebot ausdrücklich vor.

Auch sei die Zuschlagsentscheidung mangelhaft begründet. So werde darin, jeweils gleichlautend zu den drei Losen, wie folgt ausgeführt:

*„Die rechnerische und sachliche Prüfung der Angebote gemäß Bundesvergabe-gesetz hat zu Folgendem Ergebnis geführt: [...]*

*Die \*\*\* hat das wirtschaftlich günstigste Angebot gelegt.“*

Dann würde eine losweise tabellarische Gegenüberstellung des Angebots der Antragstellerin und jenes der präsumtiven Bestbieterin unter Angabe der jeweiligen Preise, der im Qualitätskriterium bei den vier Subkriterien jeweils erzielten Schulnote und schließlich die Gesamtpunkteanzahl (ohne Untergliederung nach Preis/Qualität) folgen. Nähere Angaben, konkret eine – insbesondere verbale – Begründung der jeweiligen Qualitätsbewertung, seien in der Zuschlagsentscheidung nicht enthalten.

Die Qualität hätte nach den letztgültigen (mehrfach geänderten) Festlegungen der Auftraggeberin vom 01. und 05.06.2018 anhand des eingereichten Ablaufkonzepts mit insgesamt 12 ungewichteten Punkten gewertet werden sollen, welche sich auf Subkriterien aufteilen würde. Die Bewertung sollte nach dieser Festlegung derart nach dem Schulnotensystem erfolgen, dass jeweils „*Sehr gut*“ der vollen Punkteanzahl entsprechen würde, „*Gut*“ 80%, „*Befriedigend*“ 50%, „*Genügend*“ 20% und „*Nicht genügend*“ 0 Punkten. Zur Bewertung durch eine Jury würde Pkt. 3.6 der Erläuterungen zur Angebotsabgabe (Last and Best Offer) nähere Festlegungen enthalten.

Die Antragstellerin verkenne nicht, dass sich nach der Judikatur des VwGH bei einer Qualitätsbewertung durch eine Bewertungskommission eine verbale Begründung mitunter auf die Angabe der von den einzelnen Mitgliedern vergebenen Punkte beschränken könne. Dies sollte zumindest dann gelten, wenn die Kommissionsmitglieder „autonom“ entscheiden sollten und daher keine Entscheidung der gesamten Kommission in einem gemeinsamen Entscheidungsprozess nach dem Ein- oder Mehrstimmigkeitsprinzip vorliegen würde (VwGH 21.01.2014, 2011/04/0133). Dieser Fall sei hier aber nicht verwirklicht. Hier sei die Entscheidung, anders als in dem vom VwGH entschiedenen Fall, nicht durch die einzelnen Jury-Mitglieder jeweils für sich, sondern gemeinsam durch die Mehrheit zu treffen gewesen. Die Auftraggeberin habe sich sogar explizit zu einer verbalen Begründung der Punkte- bzw. Notenvergabe verpflichtet. Eine solche verbale Begründung der Zuschlagsentscheidung sei auch keineswegs deshalb entbehrlich, weil die Auftraggeberin, wie ersichtlich, der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin und der Antragstellerin in der Qualität die gleiche Punkteanzahl verliehen habe, weil ohne diese Begründung auch nicht nachvollziehbar sei, weshalb sie die jeweiligen Angebote als gleichwertig erachtet habe.

Die vorliegende Zuschlagsentscheidung ohne eine derartige auch nur ansatzweise Begründung sei daher schon deshalb rechtswidrig, weil eine nicht von

Beginn an vorliegende Begründung den effektiven Rechtsschutz aushöhlen würde und auch nicht wirksam „nachgetragen“ werden könne. Eine bloße Gegenüberstellung von Noten sei nicht geeignet, die Merkmale und Vorteile des ausgewählten Angebots und damit die Erfolgsaussichten eines Nachprüfungsantrags von Beginn an einzuschätzen, weil für die Antragstellerin so nicht nachvollziehbar sei, aufgrund welcher Erwägungen der Jury auch der präsumtive Bestbieter in sämtlichen Subkriterien die bestmögliche Bewertung erhalten habe. Die Auszüge aus dem Juryprotokoll, welche die vergebende Stelle am 20.07.2018 gegen 18h nachgereicht habe, könne die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung sohin nicht sanieren.

Überdies würde vom festgelegten Zuschlagsprinzip abgewichen werden. Die Angebote hätten nach dem Bestbieterprinzip, und zwar mit 40% Qualität und 60% Preis, erfolgen sollen. Ein Blick auf die Zuschlagsentscheidung zeige, dass die Auftraggeberin beiden Bietern in allen Subkriterien der Qualität bei allen Losen schematisch volle Punkte – dh die Note „*Sehr gut*“ – vergeben habe.

Es sei aber faktisch ausgeschlossen, dass zwei Bieter bei Beurteilung anhand eines (von subjektiven Eindrücken abhängigen) Ablaufkonzepts ein völlig identes Bewertungsergebnis in allen Subkriterien erzielt hätten. Schließlich seien individuelle Ablaufkonzepte zu entwickeln und der Jury zu präsentieren gewesen, wobei auch diese Präsentation explizit Teil der Bewertung sein hätte sollen. Die Auftraggeberin habe offensichtlich lediglich pro forma auch für die Qualität Punkte vergeben, damit aber letztlich kein „*Besser*“ oder „*Schlechter*“ zum Ausdruck gebracht. Vom Ergebnis her sei die Auftraggeberin mit dieser Art der Qualitätsbewertung vom festgelegten Bestbieterprinzip abgewichen, indem sie – unter Außerachtlassung der Angebotsqualität – faktisch nur die Angebotspreise gegenübergestellt habe. Das Ergebnis wäre kein anderes gewesen, wenn die Auftraggeberin die Qualität jeweils gleich mit „0“ bewertet hätte.

Ein derartiges Abweichen vom festgelegten Zuschlagsprinzip belaste die Zuschlagsentscheidung gleichermaßen mit Rechtswidrigkeit. Die Auftraggeberin habe bei der Ausschreibung das Bestbieterprinzip gewählt, welches sie in der Anwendung nicht de facto in das Billigstbieterprinzip umwandeln dürfe. Daran würde sich auch nichts ändern, sollte die Auftraggeberin der Ansicht sein, dass die festgelegten Qualitätskriterien für eine Bestbieterermittlung ungeeignet



sein sollten. Diesfalls wäre sie nämlich zum Widerruf verpflichtet, was hilfsweise vorgebracht werde.

Die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin weise eine mangelnde Befugnis auf.

Vertragsgegenstand sei die Erbringung fachärztlicher Befundungsleistungen, einschließlich gewisser Leistungen der fachärztlichen Patientenüberwachung vor Ort, im Rahmen eines Auftragsverhältnisses zur KRAGES. Hierfür erforderlich sei sohin, dass der Zuschlagsempfänger zur selbständigen Erbringung derartiger Leistungen befugt sei. Explizit habe der ausgeschriebene „Dienstleistungsvertrag“ bestimmt, dass „*keinerlei Dienstverhältnis oder dienstnehmerähnliches Verhältnis begründet*“ werden solle.

Gemäß §§ 4, 27 ÄrzteG bedürfe es zur selbständigen Ausübung des ärztlichen Berufs als Facharzt jedoch der Eintragung in die Ärzteliste (als Arzt oder Gruppenpraxis). Ohne diese Eintragung dürfe der Beruf des Facharztes nicht ausgeübt werden. Der Arzt müsse weiters bei Ausübung seines ärztlichen Berufs jene Berufsbezeichnung führen, mit der er in der Ärzteliste eingetragen sei (§ 44 leg.cit.).

Wie erwähnt, sei eine „\*\*\*“ im Ärzteverzeichnis nicht auffindbar, unter dieser Bezeichnung würde daher auch keine selbständige fachärztliche Tätigkeit entfaltet werden. Auch eine Ordination, über welche diese Tätigkeit, sei es als „\*\*\*“, sei es als \*\*\* selbst, erbracht werden könne (vgl § 45 ÄrzteG), sei nicht ersichtlich.

Die Antragstellerin müsse daher, auch mangels Aufklärung durch die Auftraggeberin, davon ausgehen, dass eine „\*\*\*“ die zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistung erforderliche Befugnis nicht besitze. Eine allfällige spätere Erlangung der Befugnis unter dieser Bezeichnung wäre im Hinblick auf § 69 BVergG, wonach die Befugnis im vorliegenden Verhandlungsverfahren spätestens bei Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegen müsse, irrelevant.

Das Angebot wäre daher auszuschneiden gewesen und komme für eine Zuschlagsentscheidung nicht in Betracht.

Die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin würde auch die geforderte technische Leistungsfähigkeit nicht aufweisen.

Nach den klaren Vorgaben müsse ein Bieter, der sich – wie der präsumtive Bestbieter – um drei Lose bewerbe, über insgesamt 12 Fachärzte für Radiologie verfügen.

Weiters bestimme Pkt. 6.1 (2) der Erläuterungen zum Teilnahmeantrag, dass der Bieter für die Leistungseinheiten „*Leitung*“, „*Qualitätskontrolle*“ und „*Koordination*“ je eine Schlüsselperson zu benennen habe, welche jeweils mindestens 5 Jahre einschlägige Berufserfahrung aufweise, zumindest eine Referenz in verantwortlicher Funktion ausgeübt haben und im Auftragsfall auch tatsächlich zur Verfügung stehen müsse (Doppelnennungen für mehrere Funktionen/Lose seien hier zulässig).

Die Antragstellerin schließe aus, dass die ihr unbekanntes „\*\*\*“ (und ebenso ein angestellter Arzt wie Herr \*\*\*) über die erforderliche Anzahl von 12 Fachärzten für Radiologie und die nötigen Schlüsselpersonen mit der jeweils geforderten Expertise verfügen würde. Jedenfalls könne die Auftraggeberin nicht geprüft haben, in welcher Weise die präsumtive Zuschlagsempfängerin die Verfügungsbefugnis über die erforderlichen personellen Ressourcen aufweisen würde. Ohne registrierte Ordination sei auch offen, wie der präsumtive Bestbieter die geforderte „*Struktur*“ für eine problemlose Leistungserbringung gewährleisten würde. Darüber hinaus sei nicht vorstellbar, dass ein augenscheinlich angestellter Arzt im erforderlichen Ausmaß selbständige ärztliche Leistungen erbringen könne.

Wie dargestellt, solle der Zuschlag an einen Bieter erteilt werden, der zugleich Leiter jener Abteilung der KRAGES sei, welche die gegenständlichen Befundungsleistungen beziehe, oder diesem Leiter jedenfalls nahestehe. Eine Verletzung des Wettbewerbsgrundsatzes liege somit vor. Besagter Leiter sei nicht nur, wie erwähnt, kurz vor der Zuschlagsentscheidung im Zusammenhang mit Aussagen zur Verbesserung der Untersuchungsqualität und der Patientenadministration bei den Befundungen medial in Erscheinung getreten. Er habe, wie ebenfalls medial dokumentiert sei, mit damaligen Entscheidungsträgern bereits im Herbst 2017 am „*Spatenstich*“ für den MRT-Zubau teilgenommen. Es liege nahe, dass er als Leiter der radiologischen Abteilung in die Projektierung und Neuausrichtung der MRT-Versorgung an den drei Standorten von Beginn an maßgeblich involviert gewesen sei. Gleichermäßen sei anzunehmen, dass er infolge seiner Doppelrolle zwangsläufig über Informationen verfüge, welche den anderen Bietern nicht zugänglich seien.

Dies allein bewirke einen verpönten Wettbewerbsvorsprung des in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängers.

Dazu komme, dass gemäß Pkt. 5.4 der Erläuterungen zur Angebotsabgabe der dreiköpfigen Bewertungskommission dieser Vergabe, neben einem weiteren Vertreter der Betriebsorganisation der Auftraggeberin, eine Person angehören würde, welche laut den Erläuterungen Betriebsratsvorsitzender im Krankenhaus Oberwart und offenbar selbst als Radiologietechnologe tätig sei. Über die Angebotsqualität hätten sohin Personen mitzuentcheiden, welche, wie erst jetzt ersichtlich geworden sei, mit dem präsumtiven Bestbieter in unmittelbarem beruflichem Kontakt stehen würden.

Eine im Sinne von § 20 Abs. 5 BVergG verpönte Einräumung einer Sonderstellung an einen Bieter könne – auch jenseits von „Vorarbeiten“ – schon dadurch verwirklicht sein, dass ein Bieter infolge einer früheren Auftragstätigkeit für den Auftraggeber, welche Schnittstellen zum Auftragsgegenstand aufweise, über hilfreiche Informationen verfüge, die den anderen Bietern nicht offenstehen würden. Dies verletzt den Gleichbehandlungs- und den Wettbewerbsgrundsatz. Dies müsse aber umso mehr gelten, wenn nicht ein früherer Auftragnehmer, sondern ein leitender Mitarbeiter des Auftraggebers selbst anbieten würde. Darauf, ob der ausgewählte Bieter in die Erstellung von Ausschreibungsunterlagen im formellen Sinn eingebunden gewesen sei, komme es natürlich nicht an.

Ganz grundlegend folge aus dem vergaberechtlichen Wettbewerbsgrundsatz (§ 19 BVergG) eine Vorgabe an den öffentlichen Auftraggeber, Interessenkonflikte, welche zu Wettbewerbsverzerrungen führen können, durch geeignete Maßnahmen zu verhindern (auf die Präzisierung in Art. 24 RL 2014/24/EU werde hingewiesen). Der bloße Anschein der Parteilichkeit sei ausreichend. Die Auftraggeberin hätte dies, im Sinne einer richtlinienkonformen Interpretation des § 19 BVergG zu beachten gehabt.

Könne der Interessenkonflikt nicht durch geeignete Maßnahmen des Auftraggebers „neutralisiert“ werden, so sei der betreffende Bieter von der Vergabe auszuschließen. Der Ausschluss sei hier obligatorisch: Einerseits bestehe bei einem Abteilungsleiter der Auftraggeberin ein Vorwissen hinsichtlich der Interna der Auftragsabwicklung, aber auch der Preisgestaltungsmöglichkeiten, über die Mitbieter nicht verfügen würden und die auch im Vergabeprozess den Mitbietern nicht umfassend offengelegt werden könnten.

Erwähnenswert sei auch, dass gemäß Pkt. 4.1 der Erläuterungen zum Teilnahmeantrag eine „reibungslöse Zusammenarbeit“ zwischen dem externen Befunder und dem Radiologieverbund bzw. dessen „reibungslöser Betrieb“ gewährleistet sein müsse. Selbstverständlich genieße der Leiter dieser Abteilung bei der Erfüllung dieser Vorgabe einen Informationsvorsprung wie kein anderer.

Die zuletzt (20.07.2018) von der vergebenden Stelle nachgereichten Auszüge aus dem Jury-Protokoll seien in diesem Kontext durchaus aufschlussreich: Zum einen werde beim präsumtiven Bestbieter eine „gute Erreichbarkeit und Befundbesprechung intra- und extramural in Zusammenarbeit mit KRAGES Verbund“ hervorgehoben (weshalb es immerhin „wichtig“ sei, „klare Regelungen in Hinblick auf Aufgabenteilung“ zu definieren). Beim Subkriterium „Versorgungssicherheit“ sei sogar von einem „optimale[n] Konzept unter Einbindung der Möglichkeiten der KRAGES“ die Rede. Dies zeige, dass eine Sphärenvermischung vorliege und dass dem präsumtiven Bestbieter „Möglichkeiten“ des Auftraggebers offenstehen würden, welche sogar in die Bewertung dieses Bieters selbst eingeflossen seien. Darin liege gleichermaßen eine un gerechtfertigte, durch keinerlei Maßnahmen ausgleichbare Bevorzugung eines bestimmten Bieters.

Schließlich habe die Antragstellerin auch durch den erwähnten Umstand, dass sie die Bewertungskommission in der zweiten Stufe – dh schon in Kenntnis des Bewerberkreises – mit Personen besetzt habe, welche mit dem präsumtiven Zuschlagsempfänger in beruflichem Kontakt stehen würden, ihre Pflicht zur Hintanhaltung drohender Wettbewerbsverzerrungen verletzt. Auch dieser Mangel sei – nachträglich – nur durch Ausschluss des betreffenden Bieters sanierbar.

Aus all den vorgenannten Gründen hätte die Auftraggeberin den in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger nicht zur Angebotsabgabe einladen dürfen, dessen Angebot hätte aber jedenfalls ausgeschieden werden müssen. Die Zuschlagsentscheidung sei auch dadurch mit Rechtswidrigkeit belastet. Es bedürfe keiner näheren Begründung, dass auch diese Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlicher Bedeutung sei.

I.2. Die **Auftraggeberin** (KRAGES), vertreten durch die Dax & Partner Rechtsanwälte GmbH in Eisenstadt, erteilte mit Schriftsatz vom 26.07.2018 allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren.

I.3. Mit **Beschluss des Landesverwaltungsgerichtes Burgenland vom 30.07.2018**, Zl. E VEV/06/2018.002/007, wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung insofern stattgegeben, als der Auftraggeberin die Erteilung des Zuschlages für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis 03.09.2018, untersagt wurde.

I.4. Herr \*\*\*, vertreten durch die Saxinger, Chalupsky & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, (im Folgenden: mitbeteiligte Partei) beantragte in seiner **Stellungnahme vom 02.08.2018** eine mündliche Verhandlung durchzuführen und den Nachprüfungsantrag abzuweisen.

Begründend wurde vorgebracht, dass die geltend gemachten Vergabeverstöße nicht vorliegen würden. Die Behauptungen der Antragstellerin seien in den wesentlichen Punkten sachlich und rechtlich unrichtig. Die Antragstellerin sei in keinen Rechten verletzt.

Vielmehr versuche die Antragstellerin, mit reinen Spekulationen und dubiosen Anspielungen den Eindruck zu erwecken, dass bei der Zuschlagsentscheidung etwas nicht mit rechten Dingen zugegangen wäre. Das sei unrichtig und die mitbeteiligte Partei verwehre sich gegen derartige Unterstellungen.

Es könne keine Rede davon sein, dass die mitbeteiligte Partei schon vor der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung über den Auftrag informiert gewesen wäre, geschweige denn damit geworben oder irgendwelche Vorbereitungen getroffen hätte. Sie habe auch das Konzept der Antragstellerin nicht gekannt.

Die Antragstellerin sei ja nicht einmal in der Lage, einen echten Anhaltspunkt für eine Rechtswidrigkeit zu liefern. Was die mitbeteiligte Partei laut Medienberichten gesagt hätte, würde mit der Ausführung des ausgeschriebenen Auftrags nichts zu tun haben. Dass neue MRT-Geräte von der Politik beworben und in der Öffentlichkeit thematisiert würden, sei eine Selbstverständlichkeit und hier irrelevant. Dazu komme, dass die mitbeteiligte Partei im Radiologieverbund Burgenland Mitte – Süd, zu dem die Krankenhäuser Oberwart, Oberpullendorf und Güssing gehören würden, tätig sei, und dort auch künftig tätig sein werde, und zwar unabhängig davon, ob ihr der nunmehrige Auftrag erteilt

werde oder nicht. So würden Terminvereinbarungen und die Untersuchungen weiterhin jedenfalls unter ihrer Leitung gemacht. Nur die Befundungen seien Auftragsgegenstand. Erklärungen zu neuen MRT-Geräten seien auch deshalb für das Verfahren von keiner Bedeutung. Im Übrigen sei die Verbesserung der MRT-Befundungen das zentrale Anliegen der Ausschreibung, das auch die mitbeteiligte Partei in ihrem Last and Best Offer umgesetzt hätte, ohne sich an einem allfälligen Know-how der Antragstellerin zu vergreifen. Die mitbeteiligte Partei hätte das nicht notwendig und sei selbst fachlich qualifiziert. Sie habe über zehn Jahre Erfahrung als Radiologe und leite seit Ende 2009 den Radiologieverbund Burgenland Mitte – Süd mit 11 Ärzten und fast 60 Radiologietechnologen.

Die Fragen der Antragstellerin [Anmerkung: vom 16.07.2018] seien unberechtigt und überdies unrichtig gestellt worden.

Insbesondere würden laut Ausschreibung aufgrund der zulässigen und möglichen Überschneidungen des Schlüsselpersonals mindestens vier Radiologen eingesetzt werden müssen, und nicht 12, wie die Antragstellerin behaupte. Das Team der mitbeteiligten Partei bestehe aus neun Radiologen.

Sowohl das Team als auch die mitbeteiligte Partei selbst würden sämtliche Teilnahme-, Ausschreibungs- und Zuschlagskriterien erfüllen.

Die Zuschlagsentscheidung sei keineswegs unbestimmt. Die Antragstellerin kritisiere ohne nähere Begründung die Geschäftsbezeichnung der mitbeteiligten Partei. Hinter der „\*\*\*“ stehe das Team der mitbeteiligten Partei. Dies seien neun Radiologen, welche alle befugt, zuverlässig und leistungsfähig seien. Eine Verpflichtung, eine bestimmte Rechtsform anzunehmen, sei nicht gegeben.

Die „\*\*\*“ sei ein Einzelunternehmen mit acht Subunternehmern. Nur der Vollständigkeit sei gesagt, dass für den Auftragsfall die Gründung einer GmbH geplant sei.

Die Ausführungen der Antragstellerin betreffend die mangelhafte Begründung der Zuschlagsentscheidung seien unverständlich. Offenbar würden Bewertungsfehler vorgebracht, die jedoch durch nichts erhärtet seien.

Das wirtschaftlich günstigste Angebot sei das Angebot des Bestbieters, und nicht das Angebot mit dem niedrigsten Preis, wie die Antragstellerin das verstehen wolle. Die Auftraggeberin sei somit nicht vom festgelegten Zuschlagsprinzip abgewichen.

Die mitbeteiligte Partei sei aus dem Vergabeverfahren als Bestbieter und nicht als Billigstbieter hervorgegangen. Es sei nicht zu beanstanden, dass ihr der Zuschlag erteilt werden solle. Die Gewichtung der Qualität mit 40 % und des Preises mit 60 % würde auch nicht „irgendwie umgedeutet“ werden, sondern sei bei der Prüfung des „*Last and Best Offer*“ richtig umgesetzt worden. Weshalb es „*faktisch ausgeschlossen*“ sein sollte, dass zwei Bieter bei der Qualitätsbeurteilung die Note „*Sehr gut*“ erhalten würden, sei unverständlich.

Wie gesagt, bestehe das Team der mitbeteiligten Partei aus neun befugten, zuverlässigen und leistungsfähigen Radiologen. Die Antragstellerin versuche, das ohne nähere Begründung anzuzweifeln. Dem sei Folgendes entgegenzuhalten:

Die mitbeteiligte Partei sei selbstverständlich seit Beginn ihrer Laufbahn in die Liste der Ärztekammer eingetragen, und zwar als Facharzt für Radiologie. (siehe die beiliegende Bestätigung der Ärztekammer). Ebenso seien alle Fachärzte aus ihrem Team in der Liste registriert (siehe das beiliegende Konvolut mit Auszügen und Bestätigungen).

Die Teammitglieder und die mitbeteiligte Partei seien gemäß § 4 Abs. 1 ÄrzteG in die Liste eingetragen, nachdem sie sämtliche Voraussetzungen erfüllen und insbesondere die Qualifikation nachgewiesen hätten. Demnach seien sie berechtigt, als Fachärzte für Radiologie zu arbeiten.

Eine Ordination, wie sie die Antragstellerin reklamiere, sei dafür weder erforderlich noch werde eine solche von der Ausschreibung verlangt.

Es gehe laut Ausschreibung nur um die Befundung und bei ca. 20 % der Untersuchungen um die ärztliche Überwachung der Patienten, die ein Kontrastmittel erhalten müssten. Kontrastmittel würden selbstredend nur vor Ort verabreicht werden können. Für den gesamten Ablauf stehe auch die technische Infrastruktur zur Verfügung.

Das heiße, dass man alles vor Ort erledigen könne und gar keine Ordination brauche.

Alle Teammitglieder seien angestellte Spitalsärzte, aber auch zur selbständigen Berufsausübung als Fachärzte berechtigt.

Jeder von ihnen habe die Eignungskriterien selbstverständlich rechtzeitig vor der Aufforderung zur Angebotsabgabe erfüllt (§ 69 Z 3 BVergG).

Laut § 31 Abs. 2 ÄrzteG seien Ärzte, die die Erfordernisse für die Ausübung des ärztlichen Berufs als Facharzt erfüllen würden, zur selbständigen Berufsausübung berechtigt, gleichgültig, ob diese Berufstätigkeit freiberuflich oder im Rahmen eines Dienstverhältnisses ausgeübt werde.

Nur aus Gründen der Vorsicht werde jedoch darauf hingewiesen, dass dem gesamten Team tatsächlich eine Ordination zur Verfügung stehe. Diese werde von \*\*\* geführt, und sei im „*Last and Best Offer*“ ua als Befundungsplatz vorgesehen. Ein Auszug aus der Ärzteliste werde hierzu vorgelegt.

\*\*\* stelle die Ordination als Subunternehmerin zur Verfügung, sodass sich die mitbeteiligte Partei darauf berufen könne. Dementsprechend würden sich alle Mitglieder der „\*\*\*“ auf die Befugnis von \*\*\* stützen (§ 76 BVergG).

Im übrigen würde die Gründung einer Ordination nur ein Formalakt sein, der jederzeit gesetzt werden könnte, und der nicht als nachgeschobener Befugnisnachweis zu werten wäre.

Mit anderen Worten: Sollte eine Ordination entgegen der bisherigen Intention der Ausschreibung, wie sie die mitbeteiligte Partei verstehen hätte müssen, und verstanden gehabt habe, für erforderlich gehalten werden, würde das prompt erledigt werden können.

Darauf komme es aber wie gesagt gar nicht an: Entscheidend sei, dass sämtliche Teammitglieder als Fachärzte eigenverantwortlich arbeiten dürften. Alle seien berufsrechtlich zur selbständigen Ausübung des Berufs berechtigt. Die selbständige Tätigkeit könne entweder freiberuflich oder eben auch im Angestelltenverhältnis ausgeübt werden. An der Befugnis könne somit nicht der geringste Zweifel bestehen.



Auch hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit würde die Antragstellerin nur Vermutungen anstellen, wonach die mitbeteiligte Partei angeblich nicht in der Lage sein sollte, den Auftrag auszuführen. Wie gesagt, würden einzelne Fachärzte laut Ausschreibung in allen drei Losen tätig werden, und es treffe daher nicht zu, dass für den Auftrag zwölf Radiologen in Vollzeit erforderlich wären. Das würde wegen der teleradiologischen Befundungsleistungen auch gar nicht notwendig sein. Jedes Teammitglied sei ein erfahrener und einschlägig qualifizierter Radiologe. Wie die Antragstellerin auf die Idee komme, dass dieses Team die Leistungen nicht erbringen können würde, sei unerfindlich.

Von einer Verletzung des Wettbewerbsgrundsatzes und von einem Wettbewerbsvorsprung könne keine Rede sein: Weder sei die mitbeteiligte Partei an der Gestaltung der Ausschreibung beteiligt noch habe sie über die Teilnahme- und Ausschreibungsunterlagen hinaus irgendeine zusätzliche Information erhalten. Es gebe kein Vorarbeitenthema. Die mitbeteiligte Partei sei in die Sache nicht involviert gewesen und sei nicht einmal konsultiert worden. Sie hätte mit den Teilnahme- und Ausschreibungsunterlagen aus ihrer Sicht genau den gleichen Wissenstand wie alle anderen Bieter gehabt. Die Teilnahme- und Ausschreibungsunterlagen seien auch für die Angebotslegung ausreichend gewesen. Besichtigungen vor Ort seien möglich gewesen und die Auftraggeberin habe eine ganze Reihe von Bieterfragen beantwortet.

Dass die Antragstellerin aus der medialen Berichterstattung über Tätigkeit der mitbeteiligten Partei vor Ort den Schluss ziehe, die mitbeteiligte Partei würde einen Wettbewerbsvorsprung gehabt haben, sei durch nichts gerechtfertigt: Die mitbeteiligte Partei sei in Oberwart und Güssing als Leiter des Radiologieverbunds für den MRT-Bereich verantwortlich, und zwar an beiden Standorten für sämtliche stationäre und ambulante MRT-Untersuchungen, an beiden Standorten für die Befundung der stationären MRT-Patienten und in Oberwart teilweise bzw. bis 19:00 Uhr für die Befundung der ambulanten MRT-Patienten. Die Aufgaben werde die mitbeteiligte Partei auch weiterhin und unabhängig von der Vergabe der ausgeschriebenen Leistungen erfüllen.

Es verstehe sich von selbst, dass die mitbeteiligte Partei im Rahmen ihrer Tätigkeit zB am Spatenstich für den MRT-Zubau teilnehmen und Presseerklärungen abgeben müsse. Das habe mit dem Vergabeverfahren überhaupt nichts zu tun.

Auch das Verständnis der Antragstellerin über die Zusammensetzung der Bewertungskommission sei falsch. Das besagte Mitglied sei seit September 2013 nicht mehr als Radiologietechnologe tätig und sei hauptberuflich Betriebsrat. Die mitbeteiligte Partei habe aufgrund seiner Personalverantwortung hin und wieder zu ihm Kontakt, aber fachlich hätten sie überhaupt nichts miteinander zu tun. Auch das Vergabeverfahren sei nie ein Thema zwischen ihnen gewesen.

Was die Antragstellerin sonst noch aus der Bewertung ableiten wolle, sei nicht ganz verständlich, vor allem weil die mitbeteiligte Partei das von der Antragstellerin zitierte Protokoll nicht kenne. Hier würden offenbar aus dem Zusammenhang gerissene Angaben gemacht, und Behauptungen aufgestellt, die die mitbeteiligte Partei nicht nachvollziehen könne.

Im Grunde genommen seien die Ausführungen aber ohnedies irrelevant. Die Antragstellerin hätte genau wie alle anderen Bieter und wie die mitbeteiligte Partei die Möglichkeit gehabt, ausschreibungskonforme Qualität zum entsprechenden Preis anzubieten.

Der Stellungnahme angeschlossen waren Bestätigungen der Ärztekammer Burgenland betreffend die mitbeteiligte Partei sowie für fünf Subunternehmer, dass diese als Fachärzte für Radiologie in die Ärzteliste eingetragen seien. Hinsichtlich der restlichen drei Subunternehmer wurde Auszüge aus dem Internet ([www.praxisplan.at](http://www.praxisplan.at)) vorgelegt, aus denen hervorgeht, dass diese genannten Personen ebenfalls Fachärzte für Radiologie seien. Alle diese Unterlagen sind datiert mit 31.07.2018.

I.5. Die **Auftraggeberin** beantragte in ihrem **Schriftsatz vom 02.08.2018** die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und die Zurück- bzw. Abweisung des Antrages auf Nichtigerklärung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung; unter einem wurde die Zurück- bzw. Abweisung des beantragten Pauschalgebührenersatzes begehrt.

Begründend wurde ausgeführt, dass eine Zuschlagserteilung noch nicht stattgefunden habe. Die von der Antragstellerin vorgelegten Medienberichte würden sich auf die Eröffnung der MRT-Anlage in Güssing beziehen. Herr \*\*\* (Anmerkung: mitbeteiligte Partei) sei dabei nicht als Auftragnehmer aus der gegenständlichen Auftragsvergabe aufgetreten, sondern lediglich in seiner

Funktion als zuständiger Primar. Die vorgelegten Medienberichte würden in keinerlei Zusammenhang mit der gegenständlichen Ausschreibung stehen.

Die gegenständliche Zuschlagsentscheidung sei nicht unbestimmt. Beim präsumtiven Zuschlagsempfänger handle es sich um \*\*\*. Wie bereits aus dem Nachprüfungsantrag ersichtlich, sei der präsumtive Zuschlagsempfänger der Antragstellerin sehr wohl bekannt und sei mit Schreiben vom 20.07.2018 konkretisiert worden.

Die Ausführungen der Antragstellerin, wonach die Begründung der Zuschlagsentscheidung mangelhaft sei, seien nicht nachvollziehbar. So habe die Auftraggeberin sowohl eine Gegenüberstellung der Punktebewertung von Antragstellerin und präsumtiver Bestbieterin, als auch eine Gegenüberstellung der verbalen Bewertung an die Antragstellerin übermittelt (siehe das Schreiben vom 20.07.2018). Die Bewertung seien gemäß den Bestimmungen in den Ausschreibungsbedingungen durchgeführt worden. Die Bewertung der Jurymitglieder sei auch jeweils verbal begründet und wiedergegeben worden. Aus dieser Darstellung sei für die Bieter erkennbar, aus welchen Erwägungen die Entscheidung der Jury jeweils in der getroffenen Form ausgefallen sei. Das Juryprotokoll gebe die Juryentscheidung korrekt wieder.

Auch die Ausführungen der Antragstellerin, wonach vom festgelegten Zuschlagsprinzip abgewichen werde, seien nicht nachvollziehbar. Dies zeige schon alleine die Bewertung der restlichen beiden „Ablaufkonzepte“ durch die Jury. Die Konzepte dieser Bieter seien mit einer völlig anderen Bewertung versehen worden, als die Ablaufkonzepte der Antragstellerin und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin.

Es könne daher in keinem Fall davon ausgegangen werden, dass im gegenständlichen Zusammenhang lediglich ein „pro-forma“ Qualitätskriterium vorliegen würde. Es seien somit nicht nur die Preise gegenübergestellt worden. Wäre dem so gewesen, wäre auch die Reihenfolge der Bewertung eine andere gewesen als im Prüfbericht dargestellt.

Bei den Jurymitgliedern würde es sich um hochqualifizierte Personen handeln, die das Qualitätskriterium auf fachlicher Basis bewertet hätten.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin würde auch über die erforderliche Befugnis verfügen. Hierzu werde auf seinen Teilnahmeantrag verwiesen. Herr

\*\*\* würde sehr wohl in der für die Berufsausübung vorgesehenen Liste der Ärztekammer Burgenland aufscheinen.

Die behauptete Verletzung des Wettbewerbsgrundsatzes liege ebenfalls nicht vor.

In § 20 Abs. 5 BVergG werde auf die sogenannte „Vorarbeitenproblematik“ Bedacht genommen, die in der Vergangenheit sowohl die in der Vergabekontrolle tätigen Behörden und Gerichte als auch das Schrifttum in beträchtlicher Weise beschäftigt habe. Nach dem Gesetzeswortlaut seien nur jene Unternehmen ausgeschlossen, *„die an der Erarbeitung der Unterlagen für das Vergabeverfahren unmittelbar oder mittelbar beteiligt waren“*. Der Begriff *„Erarbeitung von Unterlagen“* sei – sowohl in zeitlicher als auch in sachlicher Hinsicht – enger als die in Vorgängerzeiten verwendete Umschreibung *„Vorarbeiten“*. Die Erstellung von Ausschreibungsplänen, Modellen, Leistungsverzeichnissen sowie der Ausschreibung beigegebenen Gutachten sei als unmittelbarer Beitrag zur Unterlagenerarbeitung einzustufen.

Bloße Beratungstätigkeiten eines Unternehmers für den Auftraggeber, die sich nicht auf die Erarbeitung der konkreten Ausschreibungsunterlagen beziehen würden, allgemeine Vorstudien oder allgemeine Projektentwicklungen sowie von einem Vergabeverfahren unabhängige Forschungsprojekte seien hingegen nicht unter § 20 Abs. 5 BVergG bzw. § 188 Abs. 5 BVergG zu subsumieren. Selbst eine Mitwirkung an der Erarbeitung von Unterlagen führe nicht zum kategorischen Ausschluss aus dem Vergabeverfahren. Im gegenständlichen Zusammenhang habe keinerlei Mitwirkung des beabsichtigten Zuschlagsempfängers stattgefunden.

Zu beachten sei auch, dass zum anderen als weitere Voraussetzung hinzutreten müsse, dass durch eine Teilnahme des betreffenden Unternehmens ein fairer und lauterer Wettbewerb ausgeschlossen wäre: Eine bloß marginale Beeinträchtigung des Wettbewerbs rechtfertige sohin den Ausschluss aus dem Vergabeverfahren nicht. Aus Sicht des Verfassungsgerichtshofes habe *„ein Ausscheiden nur dann Platz zu greifen [...], wenn der Bieter durch seine vorarbeitende Tätigkeit insoweit spezifische Vorkenntnisse des Sachverhalts erwirbt, die ihm einen Wettbewerbsvorteil entstehen lassen“*. Der Auftraggeber habe dabei eine Prognoseentscheidung zu treffen, mit der auf die Art und den Gegenstand des zur Vergabe gelangenden Auftrags sowie auf die sonstigen zur Verfügung stehenden Entscheidungsgrundlagen Bedacht genommen

werde. Zudem stehe die dargelegte Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes einer allzu raschen Annahme eines Ausscheidungstatbestandes entgegen.

Der beabsichtigte Zuschlagsempfänger sei in keiner Phase des Verfahrens in die Erarbeitung von Ausschreibungsunterlagen oder Studien eingebunden gewesen.

Wie bereits aus dem Vergabeakt ersichtlich sei, seien sämtliche Fragen der Bieter ausführlich beantwortet worden.

Die Anlagen in Güssing, Oberwart und Kittsee seien bzw. würden aktuell errichtet werden. Sämtlichen Bietern seien nicht nur sämtliche technischen Beschreibungen der drei neuen Anlagen in Güssing, Oberwart und Kittsee zur Verfügung gestellt worden, es seien auch Abstimmungen auf technischer Ebene erfolgt, bei denen den Bietern sämtliche für die Angebotslegung erforderlichen Informationen zur Verfügung gestellt worden seien. Kein Bieter hätte aus diesem Grund einen Informationsvorteil gehabt. Auch der beabsichtigte Zuschlagsempfänger hätte somit bisher keine Gelegenheit gehabt, an den Anlagen zu arbeiten.

Weiters liege zwischen keinem der Jurymitglieder oder einem der Bieter – insbesondere dem beabsichtigten Zuschlagsempfänger – ein Weisungszusammenhang vor. Radiologietechnologe \*\*\* sei überdies ausschließlich als Betriebsrat tätig.

Der von der Antragstellerin genannte § 20 Abs. 5 BVergG würde einen Ausschluss nur vorsehen, wenn durch die Teilnahme eines Bieters ein fairer und lauterer Wettbewerb ausgeschlossen wäre. Worin ein Verstoß gegen Wettbewerbsgrundsätze bestehen sollte, sei somit nicht ersichtlich. Die Antragstellerin könne auch keine Informationen oder Grundlagen nennen, die ihr im gegenständlichen Zusammenhang nicht zur Verfügung gestanden wären.

Weiters sei nicht ersichtlich, in welchen technischen oder kaufmännischen Punkt oder in welcher technischen oder kaufmännischen Information ein Vorteil oder Informationsvorsprung des beabsichtigten Zuschlagsempfängers bestanden hätte. Die Antragstellerin sei auch nicht in der Lage, einen solchen zu nennen.

I.6. Das **Landesverwaltungsgericht Burgenland** forderte die Auftraggeberin mit **Schreiben vom 30.07.2018** zu näheren Informationen zu folgenden Punkten auf:

➤ Sowohl der Teilnahmeantrag, das Richtangebot sowie das 'Last and Best Offer' wurde von Herrn \*\*\* gelegt.

*In der Bekanntmachung der vorgesehenen Zuschlagsentscheidung wird festgehalten, dass die '\*\*\*' (ohne Adresse!) das wirtschaftlich günstigste Angebot gelegt hätte.*

*Um Erläuterung der do. Vorgangsweise wird ersucht. Insbesondere ist mitzuteilen, welche rechtliche Konstruktion hinter der '\*\*\*' steht? Wie ist das rechtliche Verhältnis zu \*\*\*? Wer ist Träger der Berufsberechtigung? Wo ist der Berufssitz der '\*\*\*' bzw. von Herrn \*\*\*?*

➤ Herr \*\*\* ist Angestellter der KRAGES, sohin der Auftraggeberin, und Leiter der Abteilung 'Radiologieverbund Burgenland Mitte-Süd'. Der MRT-Einrichtungen in den Standorten Oberwart und Güssing fallen in seinen Verantwortungsbereich.

*Im Hinblick auf den im Vergaberecht wesentlichen Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter und der Sicherstellung eines freien und lautereren Wettbewerbs wird um Darlegung jener Maßnahmen ersucht, die sicherstellen hätten sollen, dass er bei Angebotserstellung keinen Wettbewerbsvorteil beispielsweise durch genaue Kenntnis der vorhandenen Infrastruktur, der Abläufe im Krankenhaus, der Erwartungen der Auftraggeberin an das Konzept hatte. Wie aus den Medienberichten hervorgeht, war er in dieses Projekt (siehe Spatenstich: <https://www.meinbezirk.at/guessing/gesundheit/guessing-bekommt-zweites-magnetresonanz-geraet-d2258775.html?cp=Kurationsbox>; siehe Inbetriebnahme Güssing: <https://www.bvz.at/guessing/krankenhaus-guessing-neue-mrt-fuer-den-sueden-krankenhaus-guessing-krages-103724976>) von Anfang an eingebunden.*

➤ Herr \*\*\* verfügt offensichtlich über keine eigene Ordination. Bei Erstellung der Befunde (wie wohl auch bei Erstellung der Befunde durch die von ihm namhaft Subunternehmer, die teilweise ebenfalls Angestellte der KRAGES sind) wird offensichtlich auf die Infrastruktur der KRAGES zugegriffen (siehe 'Last and Best Offer': 'Das Diktat erfolgt entweder vornehmlich mit Spracherkennung oder digitaler Sprachaufzeichnung, wobei zum Schreiben der Diktate eine Kooperation mit der KRAGES eingegangen werden soll. '), aber offensichtlich beispielsweise auch bei der ärztlichen Aufsicht (siehe beispielsweise 'Last and Best Offer': 'Im Radiologieverbund ist 24/7 ein Radiologe im Dienst. Daher ist primär eine Kooperation mit dem Radiologieverbund Burgenland vorgesehen. '). Auch die Jury ging offensichtlich von der Einbindung der KRAGES aus ('optimales Konzept unter Einbindung der Möglichkeiten der

KRAGES´), und hob die erforderliche klare Trennung hervor (´Wichtig wird sein, seitens der KRAGES klare Regelungen in Hinblick auf Aufgabenteilung [ist] zu definieren´.)

Es wird um Vorlage der mit der KRAGES abgeschlossenen Verträge betreffend Nutzung ihrer Infrastruktur im obigen Sinn ersucht.

Liegen die Genehmigungen für eine nebenberufliche Tätigkeit aller namhaft gemachten Personen vor? Bitte um Übermittlung.

Weiters wird um Mitteilung gebeten, inwiefern der Umstand der Nutzung der Infrastruktur der KRAGES bei der Prüfung der Preisangemessenheit (Preise müssen betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sein) berücksichtigt wurde.

Welche Vorkehrungen wurden von der KRAGES getroffen, damit es nicht zu einer Vermengung von Arbeitszeit und nebenberuflicher Tätigkeit sowie zur Nutzung der Infrastruktur ohne Entgelt kommt?

➤ In den Erläuterungen zum Teilnahmeantrag geht aus Punkt 6.1. hervor, dass der Bewerber über zumindest 4 Personen pro Los, die zur MRT-Befundung befugt und in der Lage sind, verfügen muss. Im Gegensatz zu den Ausführungen beim Schlüsselpersonal wird hierbei nicht festgelegt, dass ein und dieselbe Person mehrmals genannt werden kann.

\*\*\* hat nun in seinem Richtangebot neun Subunternehmer, sohin mit ihm persönlich 10 Personen namhaft gemacht, wobei er jedoch ein Angebot für alle drei Lose gelegt hat.

Bitte um Erläuterung, warum die Auftraggeberin davon ausgeht, dass er die festgelegte Voraussetzung von vier Personen pro Los, die zur MRT-Befundung befugt und in der Lage sind, erfüllt.

➤ Wie wird der am 09.07.2018 bereits aufgenommene Betrieb in Güssing abgewickelt? Inwiefern ist die ´\*\*\*´ eingebunden?"

I.7. Die **Auftraggeberin** wiederholte in ihrer **Beantwortung vom 06.08.2018** ihre Ausführungen im Schriftsatz vom 02.08.2018, wonach keine Verletzung des Wettbewerbsgrundsatzes vorliegen würde.

Darüber hinaus teilte sie mit, dass es sich bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin um ein Einzelunternehmen mit acht Subunternehmerinnen handeln würde. Das Einzelunternehmen \*\*\* habe sich in weiterer Folge als „\*\*\*“ präsentiert, weshalb diese Bezeichnung gewählt worden sei.

Der Berufssitz der präsumentiven Zuschlagsempfängerin werde mit Dornburggasse 80, 7400 Oberwart [Anmerkung: Adresse des Krankenhauses Oberwart] angegeben.

\*\*\* würde sehr wohl in der für die Berufsausübung vorgesehenen Liste der Ärztekammer Burgenland aufscheinen. Es liege somit im gegenständlichen Zusammenhang keine mangelnde Befugnis des beabsichtigten Zuschlagsempfängers vor.

Der beabsichtigte Zuschlagsempfänger sei in keiner Phase des Verfahrens in die Vorbereitung oder Erarbeitung von Ausschreibungsunterlagen oder in die Erstellung von Studien eingebunden gewesen.

Wie bereits aus dem Vergabeakt ersichtlich, seien sämtliche Fragen der Bieter ausführlich beantwortet worden.

Eine Nutzung der Infrastruktur der KRAGES sei nicht vorgesehen, weshalb diesbezüglich auch keine vertraglichen Grundlagen vorhanden seien. Aus diesem Grund sei eine Prüfung der Preisangemessenheit auch nicht erforderlich gewesen.

Die KRAGES verfüge über ein klares Dienstsysteem, das von der Personalabteilung kontrolliert werde. Nebenberufliche Tätigkeiten während der Arbeitszeiten seien nicht zulässig. Ebenfalls dürfe die Infrastruktur der KRAGES für nebenberufliche Tätigkeiten nicht genutzt werden. Dies werde von der Spitalsführung entsprechend kontrolliert.

Jeder Befund müsse die Nummer der Befundkonsole, auf der der Befund erstellt werde, enthalten. Damit könne sichergestellt werden, dass die Infrastruktur der Auftraggeberin nicht für nebenberufliche Tätigkeiten genutzt werde, da auf den Befunden sonst die Nummer der KRAGES-Konsolen abgebildet wäre.

Die nebenberufliche Tätigkeit von Mitarbeitern sei der Auftraggeberin lediglich bekannt zu geben. Die KRAGES sei daher lediglich zu informieren.

Die festgelegte Voraussetzung von vier Personen pro Los sei gegeben, da die Nennung der gleichen Person für mehrere Lose möglich gewesen sei.



Die „\*\*\*“ sei in den Betrieb des MRT-Gerätes in Güssing nicht eingebunden.

I.8. Ergänzend legte die **Auftraggeberin mit Eingabe vom 09.08.2018** eine Reihe von Unterlagen zur Zulässigkeit der Nebenbeschäftigungen vor. So führte sie mit Schreiben vom 08.08.2018 aus, dass Vertragsbedienstete mit Vollzeitbeschäftigung eine nebenberufliche Tätigkeit bloß melden müssten. Es werde daher bestätigt, dass die Mitarbeiter der KRAGES, die als Subunternehmer genannt seien, im Falle eines Zuschlages eine Berechtigung zur nebenberuflichen Tätigkeit im Rahmen der „\*\*\*“ hätten. Betreffend \*\*\* habe die Geschäftsleitung der KRAGES eine nebenberufliche Tätigkeit in Form einer Privatordination ausdrücklich bewilligt.

Betreffend die weiteren drei Subunternehmer wurden ein Dienstvertrag, ein Auszug aus einem Dienstvertrag sowie die auszugsweise Antwort des Dienstgebers betreffend die Meldung einer Nebentätigkeit vom Juni 2014 vorgelegt. Laut Mitteilung der Auftraggeberin gehe aus all diesen Unterlagen hervor, dass für derartige Nebentätigkeiten nur eine Meldepflicht bestehe.

I.9. Mit **Schreiben des Landesverwaltungsgerichtes Burgenland vom 06.08. und 07.08.2018** wurde der Antragstellerin sowie der mitbeteiligten Partei zu den Schriftsätzen der Auftraggeberin vom 02.08. und 06.08.2018 Parteiengehör mit der Möglichkeit zur Stellungnahme eingeräumt.

I.10. Die **Antragstellerin** nahm mit **Schriftsatz vom 09.08.2018** Stellung wie folgt (ohne die Hervorhebungen im Original):

*„Im Ergebnis widerlegen die Stellungnahmen die vorgebrachten Bedenken im Nachprüfungsantrag nicht. Ganz im Gegenteil: Sie bestätigen in mehrfacher Sicht, dass die Bedenken der Nachprüfungswerberin zutreffend sind. Einerseits verfügt die mitbeteiligte Partei nicht über ausreichend Ärzte, andererseits sind angestellte Ärzte jedenfalls nicht im erforderlichen Ausmaß verfügbar, um die geforderten Tätigkeiten erbringen zu können.*

*Besonders erhellend ist auch, dass die detaillierten Fragen des Landesverwaltungsgerichts über weite Strecken nicht beantwortet werden.*

*Dazu im Detail:*

#### *1. Allgemeines*

*Während die Stellungnahmen der Auftraggeberin und der mitbeteiligten Partei über weite Strecken wenig 'Erhellendes' bringen, sind sie doch in mehreren*

*Punkten von rechtlicher Relevanz, jedoch keineswegs unter jenem Aspekt, unter dem die Auftraggeberin und die mitbeteiligte Partei die Behauptungen in den Raum stellen.*

- Jedenfalls räumt die mitbeteiligte Partei ein, lediglich über 9 Ärzte zu verfügen, von denen nur eine Ärztin eine niedergelassene Ärztin ist (die aber darüber hinaus auch im AKH beschäftigt ist), alle anderen aber rein angestellte Ärzte sind. Die Auftraggeberin schweigt sich zu diesem Umstand aus.*
- Während beide Stellungnahmen ferner Verletzungen des Wettbewerbsgrundsatzes in Abrede stellen, bestätigt die Stellungnahme der mitbeteiligten Partei, dass die Verstrickungen zwischen mitbeteiligter Partei und Auftraggeberin noch enger als aufgrund der dürftigen Mitteilung der Auftraggeberin an die Antragstellerin angenommen sind, weil die mitbeteiligte Partei offenbar Ressourcen der Auftraggeberin (zeitlich und auch hinsichtlich des Arbeitsplatzes) in Anspruch nehmen will. Dass es unter diesen Umständen ein Leichtes ist, den Angebotspreis niedriger zu halten als die Nachprüfungswerberin, der diese Vergünstigung nicht zugute kommt, sei an dieser Stelle nur angemerkt. Auch scheint es so zu sein, dass die mitbeteiligte Partei konkrete Vereinbarungen, auf deren Basis sie die Ressourcen der Auftraggeberin nach Zuschlag nutzen möchte, bislang nicht vorlegen konnte. Es bleibt sohin offen, auf welcher Grundlage dieser Rückgriff erfolgen soll bzw ob diese Grundlagen erst nachträglich geschaffen werden sollen.*

## *2. '\*\*\*' nicht existent*

*Die mitbeteiligte Partei tritt nunmehr unter der Bezeichnung '\*\*\*' auf. Diese Bezeichnung ist per se irreführend, da es eine Einrichtung – wie von der mitbeteiligten Partei selbst zugestanden – dieses Namens nicht gibt. Es handelt sich beim beabsichtigten Zuschlagsempfänger, wie erst nachträglich offengelegt, vielmehr um einen einzelnen Arzt. Weitere für das Angebot relevante Personen sind lediglich Subunternehmer, die von der mitbeteiligten Partei als 'mein Team' bezeichnet werden. Nun räumt die mitbeteiligte Partei aber auch ein, dass es sich bei diesem 'Team' durchwegs um angestellte Ärzte – und zwar nicht der mitbeteiligten Partei – handelt. Hier stellt sich nun ganz grundsätzlich die Frage, inwieweit angestellte Ärzte überhaupt ein 'Team' bilden können, zumal ja diese durchgehend ihrem jeweiligen Dienstgeber verantwortlich sind. Es stellt sich damit auch die ganz grundsätzliche Frage, wie die mitbeteiligte Partei die der Auftraggeberin angebotenen Verfügbarkeiten bzw Anwesenheiten vor Ort gewährleisten will.*

*Allerdings fällt auf, dass – jedenfalls am Rubrum – die mitbeteiligte Partei auch noch den Bezeichnungsteil 'Krankenhaus Oberwart' führt. Unabhängig von der Frage, woher die mitbeteiligte Partei dazu eine Berechtigung ableiten*

möchte (und unabhängig von der klar damit verbundenen Irreführungseignung), legt dies doch ein bedenkliches Naheverhältnis zur Auftraggeberin (zu der das Krankenhaus Oberwart ja bekanntlich gehört) nahe.

Darüber hinaus scheint es hier ein gewisses Wechseln zwischen \*\*\* und der '\*\*\*' zu geben. So spricht die Auftraggeberin von einem 'Teilnahmeantrag \*\*\*', und auch das Landesverwaltungsgericht hat dem Akt entnommen, dass Teilnahmeantrag, Richtangebot und 'Last and Best Offer' von \*\*\* abgegeben wurde. Der Zuschlag soll nun aber der '\*\*\*' erteilt werden (so jedenfalls in der Zuschlagsentscheidung). Die Erteilung des Zuschlags allein an eine nicht existente, jedenfalls aber nicht im Vergabeverfahren aufgetretene 'Einrichtung' wäre ausreichend, die Nichtigkeit der Zuschlagsentscheidung zu bewirken.

Dessen ungeachtet erweist sich die Zuschlagsentscheidung aber auch aus weitere[n] Gründen als rechtswidrig.

### 3. Fehlende Leistungsfähigkeit – zu wenige Ärzte

Die mitbeteiligte Partei räumt selbst ein, lediglich neun Ärzte zum 'Team' zu zählen. Die Nachprüfungswerberin hingegen hat 12 Ärzte namhaft gemacht. Dies aufgrund der völlig klaren Festlegung in Punkt 6.1. lit e) der – bestandsfesten – Erläuterungen zum Teilnahmeantrag:

'Der/Die Bewerber/Bewerbergemeinschaft muss in Summe zumindest über vier Personen (pro Los) verfügen können, die zur MRT Befundung befugt in der Lage sind.'

Die Festlegung ist eindeutig: Pro Los müssen vier Personen vorhanden sein. Da für drei Lose angeboten wurde, ergibt dies zwölf Personen. Eine 'Doppeltuordnung' zu unterschiedlichen Losen widerspricht schon denklösig – und anders als von der mitbeteiligten Partei vermeint – dem Ausschreibungszweck: Wäre eine 'Mehrfachnutzung' zulässig, wäre es auch nicht erforderlich, mehrere Lose auszuschreiben. Die Formulierung 'pro Los' schließt eine solche 'Mehrfachnutzung' (anders als beim Schlüsselpersonal im Rahmen der Auswahlkriterien) klar aus. So ist es auch nachvollziehbar, dass ein 'Mehr' an Eignung in Form der verfügbaren personellen Ressourcen erforderlich ist, abhängig davon, ob ein Bieter für einen, zwei oder, wie die mitbeteiligte Partei, gar drei Standorte anbietet.

Viel mehr noch: Die ausschreibende Stelle hat in mehreren Fragebeantwortungen klargestellt, dass es sich um vier Personen handeln muss. So hat die Nachprüfungswerberin in der 'Fragenliste 2' folgende Frage formuliert:

'Wir verstehen Punkt 6.1. lit e der Ausschreibungsunterlage so, dass die geförderten vier Personen pro Los vergaberechtskonform auch über Subunter-

nehmer/verbundene Unternehmen/sonstige Dritte nachgewiesen werden können (siehe auch Punkt 5.8. der Ausschreibungsunterlage). Wir ersuchen um Bestätigung.'

Die Auftraggeberin hat dies mit 'wird bestätigt' bejaht.

Das Schweigen der Auftraggeberin zu diesem Faktum trotz entsprechender Anfrage des Landesverwaltungsgerichts in der Stellungnahme vom 2.8.2018 ist in diesem Zusammenhang 'beredt'. Sie sieht offenbar die Problematik, ist aber – aus nicht nachvollziehbaren Gründen – nicht bereit, diesen offenkundigen Fehler durch Rücknahme der Zuschlagsentscheidung zu korrigieren.

Vielmehr noch: Wenn die Auftraggeberin in ihrer Stellungnahme – freilich ohne entsprechende Kommentierung – Punkt 6.1 Abs 1 und 2 zitiert, versucht sie – reichlich vordergründig – die Festlegungen in den Erläuterungen zum Teilnahmeantrag zu verschleiern. Das Schlüsselpersonal ist relevant für die Auswahl, während es sich bei der Anzahl der Fachärzten bereits um ein Zulassungskriterium handelt.

Damit zeigt sich schon aus diesem Grund, dass die mitbeteiligte Partei nicht hinreichend leistungsfähig und ihr Angebot daher auszuschneiden ist.

#### 4. Keine Verfügbarkeit der mitbeteiligten Partei und ihrer Subunternehmer

Darüber hinaus ist nicht ersichtlich, inwieweit ein 'Team' aus angestellten Ärzten unter Berücksichtigung der arbeitszeitrechtlichen Vorgaben in der Lage sein kann, die in der Ausschreibung genannten Tätigkeiten zu erbringen. Rein faktisch ist fraglich, wie die Verfügbarkeit mit der Dienstplaneinteilung der genannten Ärzte sichergestellt werden kann (sofern nicht die Auftraggeberin als 'Dienstherrin' der Mehrzahl der betroffenen Ärzte ein besonderes Entgegenkommen zeigt, was aber im Hinblick auf eine Gleichbehandlung aller Bieter – und somit auf den Wettbewerbsgrundsatz – mehr als bedenklich wäre). Wenn etwa die mitbeteiligte Partei selbst in ihrer Stellungnahme angibt, täglich bis 19 Uhr in ihrer angestellten Tätigkeit vor Ort zu sein, stellt sich die Frage, wer in dieser Zeit die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen erbringt (zumal die anderen 'Teammitglieder' über ähnliche Verpflichtungen verfügen werden).

Es stellt sich somit die Frage, unter welchem Titel die Befundungen erbracht werden. Soweit ersichtlich könnten die Ärzte die Befundungen ausschließlich im Rahmen ihrer angestellten Tätigkeit verrichten. Dann wären sie aber an die Höchstvorgaben des Arbeitszeitrechts gebunden und müssten ihre Dienstverpflichtung gegenüber ihrem Arbeitgeber entsprechend reduzieren. Es ist aber nicht ersichtlich, dass entsprechende Belege vorlägen, was aber im Hinblick auf die Verfügbarkeit (und damit die Leistungsfähigkeit) zwingend erforderlich wäre. Insoweit ist das Schweigen der Auftraggeberin zur Frage des Landes-

*verwaltungsgerichts nach dem Nachweis der Genehmigungen für eine nebenberufliche Tätigkeit aller namhaft gemachten Personen abermals beredt. Es kann die Auftraggeberin nicht nachweisen, dass diese Personen tatsächlich verfügbar sind.*

*In diesem Zusammenhang verkennen Auftraggeberin und mitbeteiligte Partei die Bedeutung einer Ordination: Es geht nicht um die Verfügbarkeit eines solchen Raumes (und wenn es darum ginge, ist nicht darstellbar, dass eine Einzelordination in Wien von allen Mitgliedern des 'Teams' genützt wird, die 40 bis 48 Stunden pro Woche in Krankenanstalten in mehreren Bundesländern beschäftigt sind), sondern um einen Berufssitz iSd § 45 Abs 2 ÄrzteG, der wiederum Voraussetzung für die selbständige ärztliche Tätigkeit ist. Fehlt ein solcher Berufssitz, fehlt auch die Berechtigung zur selbständigen Tätigkeit, die aber wiederum Voraussetzung für die Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen wäre.*

*Die von der mitbeteiligten Partei in den Raum gestellte Gründung einer GmbH zeugt nur von Unkenntnis der berufsrechtlichen Rahmenbedingungen. Eine GmbH könnte entweder als Gruppenpraxis oder als Ambulatorium (§ 3a KaKUG), jeweils unter der Voraussetzung einer positiven Bedarfsprüfung, errichtet werden. Dies nimmt üblicherweise einen längeren Zeitraum in Anspruch, sodass allein die Aussage 'dass eine GmbH gegründet wird', zeigt, dass der mitbeteiligten Partei die berufsrechtlichen Rahmenbedingungen nicht bekannt sind.*

*Das Angebot der mitbeteiligten Partei ist daher – selbst wenn grundsätzlich eine ausreichende Anzahl von Ärzten vorhanden wäre (was ausdrücklich bestritten wird!) – mangels tatsächlicher Verfügbarkeit dieser Ärzte auszuschließen.*

#### *5. Kein (rechtswirksamer) Nachweis der beruflichen Eignung*

*Der Nachprüfungswerberin liegt es fern, die faktische Qualifikation der mitbeteiligten Partei in Frage zu stellen.*

*Allerdings war nach Punkt 6.2.2 der – bestandsfesten – Erläuterungen zum Teilnahmeantrag die erforderliche Befugnis (Facharzt für Radiologie) mit diesem (!) nachzuweisen, sofern sich diese Informationen nicht im ANKÖ finden. Nun hat die mitbeteiligte Partei mit ihrer Äußerung entsprechende Nachweise, allesamt datiert vom bzw um den 30.7.2018, somit offensichtlich erst in Folge des Nachprüfungsantrags, vorgelegt. Es ist daher davon auszugehen, dass die Nachweise nach Punkt 6.2.2 bis dahin nicht vorgelegen sind (warum hätte es sonst der Vorlage bedurft?), sodass insofern die Befugnis jedenfalls mit Abgabe des Teilnahmeantrags nicht nachgewiesen war.*

*Schon insoweit wäre das Angebot auszuschließen gewesen.*

## 6. Erheblicher Verstoß gegen den Wettbewerbsgrundsatz

*Was schließlich die Ausführungen der mitbeteiligten Partei zur Frage der Verletzung des Wettbewerbsgrundsatzes anbelangt, handelt es sich dabei um nichtssagende Ausführungen: Es ist kaum vorstellbar, dass die mitbeteiligte Partei nicht Gespräche mit der Leitung der ausschreibenden Stelle führt, ohne auch auf die gegenständliche Ausschreibung einzugehen. Überdies hat die mitbeteiligte Partei, gerade aufgrund ihrer Leitungsfunktion im 'Radiologieverbund' über relevantes Vorwissen hinsichtlich der örtlichen Gegebenheiten, faktischen Abläufe, etc, worauf auch die Fragestellung des Landesverwaltungsgerichts konkret abgezielt hat. Die Auftraggeberin geht darauf in ihrer Stellungnahme nicht ein, sondern reduziert den Sachverhalt auf eine – behauptetermaßen nicht gegebene – Involvierung der mitbeteiligten Partei in die Ausschreibungserstellung selbst. Darauf allein kommt es aber, wie schon im Nachprüfungsantrag dargelegt, nicht an.*

*Die markanten Verquickungen zwischen Auftraggeberin und mitbeteiligter Partei gehen offenkundig sogar noch weiter, als sich aus den von der Nachprüfungserberin vorgelegten Urkunden ergibt. Wie sich etwa auch aus der Fragenliste des Landesverwaltungsgerichts ergibt, hat die mitbeteiligte Partei offenbar für die Erbringung ihrer auftragsgegenständlichen Leistungen Zugriff auf die Infrastruktur der KRAGES, wo etwa hinsichtlich des Diktates auf eine (derzeit offenbar vertraglich noch nicht abgesicherte) Kooperation mit der KRAGES verwiesen wird, aber auch im Hinblick auf die ärztliche Aufsicht. Dass die Jury dies entsprechend bewertet hat, unterstreicht dies nur noch ('optimales Konzept unter Einbindung der Möglichkeiten der KRAGES'). Ganz offenbar hat es eine ganze Reihe von Koordinationen zwischen der mitbeteiligten Partei und der Auftraggeberin gegeben. Dass nun keinerlei entsprechende Verträge vorgelegt werden, belegt nur, dass diese Abstimmungen sich offenbar außerhalb eines rechtlich präzisierten Rahmens bewegt haben.*

*Dass die Auftraggeberin in ihrer ergänzenden Stellungnahme nunmehr lapidar behauptet, eine Nutzung der Infrastruktur sei nicht vorgesehen, steht einerseits im Widerspruch zu den vom Landesverwaltungsgericht aus dem Akt generierten Informationen, andererseits aber auch zu den Ausführungen der mitbeteiligten Partei: Diese räumt ein, dass es sich bei ihr und ihrem 'Team' um angestellte Ärzte handle.*

- *Wo wenn nicht in den jeweiligen Krankenanstalten sollen denn die auftragsgegenständlichen Befundungen gemacht werden?*
- *Welche Bildschirme, Computer, Diktiergeräte werden denn dort verwendet?*
- *In welcher Arbeitszeit?*
- *Es wird ja nicht einmal behauptet, dass diese Tätigkeiten in der einzigen vorhandenen Ordination, nämlich jener der Frau \*\*\*, verrichtet werden.*

- *Nur am Rande: Als Sitz nennt die mitbeteiligte Partei die Anschrift des KH Oberwart (unabhängig von der Frage, ob es sich dabei tatsächlich um eine zustellfähige Anschrift für eine nicht existente 'Einrichtung' handelt), nimmt also auch insoweit Infrastrukturdienste der Auftraggeberin in Anspruch. Oder verfügt sie über einen Miet- bzw Nutzungsvertrag, der nur nicht vorgelegt wurde?*
- *Und schließlich: Wenn mitentscheidend für die Bewertung des Konzepts der mitbeteiligten Partei die 'Einbindung der Möglichkeiten der KRAGES' war (so die Auftraggeberin) und gleichzeitig die Infrastruktur der KRAGES nicht genutzt wird (so ebenfalls die Auftraggeberin), dann ist dies unter Aspekten der Logik kaum noch nachvollziehbar.*

*Unter diesem Aspekt haben die Behauptungen in der ergänzenden Stellungnahme bestenfalls den Schein von Schutzbehauptungen.*

*Damit ergibt sich aber, dass die mitbeteiligte Partei klar einen wettbewerbsverzerrenden Vorteil erlangt hat. Dies schlägt dann auch auf ihre Preisgestaltung durch: Es ist wenig überraschend, dass jemand, der Infrastruktur von dritter Seite zur Verfügung gestellt erhält, billiger anbieten kann, als jemand, der diese Möglichkeit nicht hat. Insofern erweist sich auch das Angebot der mitbeteiligten Partei als nicht nachvollziehbar.*

*Selbst wenn es aber keine solche Koordination gegeben hat, konnte die mitbeteiligte Partei ganz offenbar dieses 'optimale Konzept unter Einbindung der Möglichkeiten der KRAGES' nur deshalb erstellen, weil sie – wie sonst niemand und jedenfalls nicht die Nachprüfungswerberin – die 'Möglichkeiten der KRAGES' bestens kennt. Wieder ist das Schweigen der Auftraggeberin zur entsprechenden Frage beredt: Ganz offensichtlich wurden keinerlei Maßnahmen getroffen, um hier den Wettbewerbsvorteil der mitbeteiligten Partei zugunsten der anderen Bieter auszugleichen. Ein solcher Ausgleich wäre in einem Fall wie dem vorliegenden, wo sich die Auftraggeberin die eigenen Ressourcen quasi zugunsten des bevorzugten Bieters selbst bewertet, auch nur schwer darstellbar.*

*Auch der Rückgriff auf Ärzte der Auftraggeberin für die ärztliche Aufsicht (vgl die Frage des Landesverwaltungsgerichts) ist bemerkenswert. Tatsächlich wäre dies etwas, was durch den Auftragnehmer abzudecken wäre. Hier einen Rückgriff auf den Auftraggeber zu machen, ist – zumal diese Möglichkeit der Nachprüfungswerberin bei Erstellung ihres Konzepts nicht offen stand – krass wettbewerbsverzerrend. Dessen ungeachtet stellt sich aber jedenfalls die Frage, ob eine solche Vereinbarung – die jedenfalls bislang nicht vorgelegt wurde – tatsächlich bestand.*

*In diesem Zusammenhang fällt etwa auf, dass die anlässlich der Präsentation seitens der Nachprüfungswerberin durch die Auftraggeberin zunächst hochgelobte Terminvereinbarung plötzlich nicht mehr ausschreibungsrelevant war, in einem augenscheinlichen Zusammenhang damit zu stehen scheint, dass die*

*mitbeteiligte Partei sich dafür der KRAGES bedienen wollte. Ob dieser 'Sinneswandel' ganz ohne Abstimmung zwischen Auftraggeberin und mitbeteiligter Partei erfolgt ist, kann die Nachprüfungswerberin selbstverständlich nicht mehr nachvollziehen.*

*Interessant erweisen sich in diesem Zusammenhang auch die Ausführungen zum Jurymitglied \*\*\*. Nach den Ausführungen der mitbeteiligten Partei ist dieser seit September 2013 nicht mehr als Radiologietechnologe tätig, sondern hauptberuflich als freigestellter Betriebsrat. Abgesehen davon, dass die mitbeteiligte Partei Kontakte mit ihm bestätigt, stellt sich dann schon die Frage, was ihn befähigt, eine fachliche Beurteilung abzugeben, wenn er seit fünf Jahren nicht mehr radiologietechnisch tätig ist (gerade in einem so technologielastrigen Fach wie der Radiologie sind fünf Jahre eine 'halbe Ewigkeit'). Unter diesem Aspekt muss sich die Auftraggeberin vorwerfen lassen, bei der Zusammensetzung der Jury ganz offensichtlich sachfremde Personen beigezogen zu haben. Seine Funktion als Betriebsrat begründet in diesem Zusammenhang auch keine Teilnahmenotwendigkeit, zumal die Interaktion zwischen der Auftragnehmerin und dem personalen Auftraggeberin sich auf ein Minimum beschränken wird. Insoweit ist nicht davon auszugehen, dass hier das Know-how eines Personalvertreters erforderlich ist, sodass die Zusammensetzung der Jury und damit die von ihr erstellte Bewertung insgesamt problematisch erscheint.*

*Insgesamt liegt ein erheblicher Verstoß gegen den Wettbewerbsgrundsatz vor, weil die mitbeteiligte Partei aus mehreren Gründen von der Auftraggeberin in die Lage versetzt wurde, ein besseres Angebot abzugeben als alle anderen Bieter, ohne irgendwelche Gegen- bzw Ausgleichsmaßnahmen gesetzt zu haben. Die Zuschlagsentscheidung ist daher auch aus diesem Grund rechtswidrig.*

#### *7. Schlussbemerkung, Antrag*

*Auch und gerade nach Durchsicht der Stellungnahmen der mitbeteiligten Partei und der Auftraggeberin kann sich die Nachprüfungswerberin nicht des Eindrucks erwehren, dass hier etwas im wahrsten Sinn des Wortes 'nicht mit rechten Dingen zugegangen' ist.*

*Aufgrund der evidenten Rechtswidrigkeiten im Hinblick auf die Zuschlagsentscheidung zugunsten der mitbeteiligten Partei bleibt der verfahrenseinleitende Antrag vollinhaltlich aufrecht."*

I.11. Im Hinblick auf die Ausführungen in den obigen Schriftsätzen forderte das **Landesverwaltungsgericht** die mitbeteiligte Partei auf, die Behauptung, wonach die „\*\*\*“ ein Einzelunternehmen sei, durch entsprechenden Nachweise (beispielsweise Meldung beim Finanzamt, Meldung bei der Sozialversicherung, uä) zu belegen. Die Auftraggeberin wurde aufgefordert, die von



ihr angesprochene von der Geschäftsleitung der Auftraggeberin erteilte ausdrückliche Bewilligung der Führung einer Privatordination durch Herrn \*\*\* vorzulegen.

I.12. Die **mitbeteiligte Partei** wies hierzu in ihrer **Stellungnahme vom 10.08.2018** darauf hin, dass hinter der „\*\*\*“ neun Radiologen stehen würden, die alle befugt, zuverlässig und leistungsfähig seien. Sie seien nicht verpflichtet, eine bestimmte Rechtsform anzunehmen. Das Unternehmen habe seine Tätigkeit naturgemäß noch nicht aufgenommen, weil das erst nach der Auftragserteilung möglich wäre. Dementsprechend seien noch keine Veranlassungen zur effektiven Unternehmensgründung getroffen worden. Solche seien vergaberechtlich auch nicht vorgeschrieben. Derzeit würden somit die angeforderten steuer-, sozialversicherungs- und firmenbuchrechtlichen Nachweise nicht erbracht werden. Derartige Unterlagen seien für das Nachprüfungsverfahren und die Frage der Zuschlagserteilung unerheblich.

I.13. Die **Auftraggeberin** teilte mit **Eingabe vom 10.08.2018** mit, dass vor der Abgabe des Teilnahmeantrages ein Gespräch zwischen Herrn \*\*\* und dem Prokuristen der Auftraggeberin betreffend die Teilnahme am Vergabeverfahren stattgefunden habe. Dabei sei abgeklärt worden, dass die Auftraggeberin mit der Teilnahme von Herrn \*\*\* am Vergabeverfahren und der damit verbundenen Nebenbeschäftigung einverstanden sei und diese genehmigt werde. Eine schriftliche Bestätigung würde bei der Auftraggeberin in der Regel erst bei Beginn der Nebenbeschäftigung ausgestellt werden. Dieser Eingabe angeschlossen war u.a. der zwischen Herrn \*\*\* und der KRAGES abgeschlossene Dienstvertrag, datiert mit 21.11.2014.

I.14. Die Antragstellerin gab mit Eingabe vom 10.08.2018 folgende ergänzende Stellungnahme ab:

*„In umseits bezeichneter Sache nimmt die Einschreiterin mit Verwunderung zur Kenntnis, dass die Antragstellerin, die sich noch in ihrer Äußerung zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung der Nachprüfungswerberin aufgrund einer drohenden Verzögerung gegen eine solche ausgesprochen hat, nunmehr durch eine ´gestreckte´ Vorlage von Unterlagen selbst zu einer Verfahrensverzögerung beiträgt.*

*Im Kern freilich gehen die Vorlagen an der Sache vorbei. Selbst wenn eine bloße Meldung einer Nebentätigkeit ausreichend sein sollte, ändert dies nichts daran, dass die betroffenen Ärzte für die Dauer ihrer angestellten Tätigkeit nicht für ausschreibungsrelevante Tätigkeiten zur Verfügung stehen, schon*

*deshalb, weil ja auch in den Unterlagen betont wird, dass die Nebentätigkeit außerhalb der Arbeitszeit und im Einklang mit dem Arbeitszeitrecht ausgeübt werden muss. Im Übrigen geht zumindest aus der Beilage ./36 gerade nicht hervor, dass eine Nebentätigkeit im Hinblick auf die ausschreibungsgegenständlichen Tätigkeiten zur Kenntnis genommen worden wäre, sondern bezieht sich dies lediglich auf 'die Leistung von Ordinationsvertretungen und die Tätigkeit als Standesvertreter der Wiener Ärztekammer'.*

*Ferner vermögen diese Bestätigungen nicht darüber hinwegzutäuschen, dass die zentrale Frage des Vorliegens einer Ordination seitens der mitbeteiligten Partei nicht geklärt ist. § 47 Abs 1 ÄrzteG kennt zwar Tätigkeiten, die von zur selbstständigen Berufsausübung berechtigten Ärzten ausgeübt werden können, und die weder einer Ordinationsstätte bedürfen, noch im Angestelltenverhältnis ausgeübt werden (sogenannter 'Wohnsitzarzt'). Die insoweit zulässigen Tätigkeiten umfassen lediglich die Erstellung von Aktengutachten, die Vertretung an den Ordinationsstätten, arbeitsmedizinische und schulärztliche Tätigkeiten, Teilnehmen an ärztlichen Notdiensten oder organisierten Notarztdiensten.*

*Nichts davon liegt im Hinblick auf die ausschreibungsrelevanten Tätigkeiten vor, da insbesondere weder 'Aktengutachten' erstellt werden noch an Ordinationsstätten vertreten wird. Die ausschreibungsrelevanten Begutachtungen sind ärztliche Kerntätigkeiten (Diagnose/Befundung), sodass keiner der Ausnahmetatbestände, bei denen weder ein Angestelltenverhältnis noch eine Ordinationsstätte erforderlich ist, vorliegen (vgl auch Kotschy, in Emberger/Wallner, Ärztegesetz mit Kommentar (2008), Kommentierung zu § 47 ÄrzteG Rz 1, zur einfacheren Orientierung beigefügt).*

*Im Ergebnis zeigt sich auch weiterhin, dass die mitbeteiligte Partei nicht hinreichend geeignet ist, die ausschreibungsgegenständlichen Tätigkeiten zu erbringen. Sie ist daher auszuscheiden, die Zuschlagsentscheidung ist für nichtig zu erklären."*

## **II. Entscheidungswesentlicher Sachverhalt:**

Aufgrund des Vorbringens der Parteien in ihren Schriftsätzen (samt Beilagen), die auch jeweils der Gegenseite zwecks Wahrung des Parteiengehörs gestellt wurden, und des vorgelegten Vergabeaktes steht folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt fest:

II.1. Die Burgenländische Krankenanstaltengesellschaft m.b.H. (KRAGES) hat einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich ausgeschrieben.

Gegenstand der Ausschreibung ist der Abschluss eines Dienstleistungsvertrages betreffend die ambulante Durchführung von MRT-Befundungen an den Krankenhausstandorten Güssing, Kittsee und Oberwart.

Die KRAGES ist öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 und liegt im Vollzugsbereich des Landes im Sinne des Art. 14b Abs. 2 Z 2 lit. c B-VG.

Als Verfahrensart wurde ein Verhandlungsverfahren im Oberschwellenbereich mit vorheriger Bekanntmachung gewählt. Die Vergabe erfolgt nach dem Bestbieterprinzip.

II.2. Die Ausschreibung wurde am 21. Dezember 2017 unter der Referenznummer E17-0530 EU-weit bekanntgemacht.

Die Ausschreibung erfolgte in drei Losen (ein Los pro Krankenhausstandort), wobei sich die Bieter für ein oder mehrere Lose bewerben konnten.

II.3. Ende der Einreichfrist für einen Teilnahmeantrag war der 29.01.2018, 12:00 Uhr.

II.4. Die Teilnahmeunterlagen bestanden aus den Erläuterungen zum Teilnahmeantrag, dem Teilnahmeantrag, der Patronatserklärung, der Subunternehmererklärung/Verfügbarkeitserklärung und der Frageliste.

In Punkt 4.3.1. der Erläuterungen zum Teilnahmeantrag (im Folgenden: Erl.TA) ist der Leistungsgegenstand wie folgt umschrieben (ohne die Hervorhebungen im Original):

*„Der Auftragnehmer soll die folgenden Leistungen erbringen:*

- *Befundung der gegenständlichen MRT-Untersuchungen*
- *Übermittlung einer Aufstellung der von ihm in diesem Kalendervierteljahr befundeten PatientInnen innerhalb von sieben Tagen nach Ablauf eines Kalendervierteljahres. Diese Aufstellung hat jedenfalls Name, Geburtsdatum, Sozialversicherungsnummer und Patientenummer des Patienten sowie Datum und Art (Körperregion gemäß Anlage) der befundeten MRT-Untersuchung [zu] enthalten.*

*Der Leistungsinhalt wird in der zweiten Verhandlungsstufe festgelegt. Jedenfalls ist zu gewährleisten, dass die medizinische Aufsichtspflicht bei MRT-Un-*

tersuchungen gewährleistet ist und dass der befundene Facharzt für Radiologie für Rückfragen (Qualitätskontrolle, etc.) bei Bedarf und vorangegangener Terminvereinbarung persönlich und zeitnah am MRT-Standort anwesend ist.

Der Auftragnehmer hat die Leistungen unter Beachtung aller gesetzlichen und behördlichen Vorgaben, entsprechend dem Stand der Technik zu erbringen. Details werden in der technischen Leistungsbeschreibung zu finden sein (Angebotsphase 2. Stufe)."

In Punkt 6 der Erl.TA werden nähere Festlegungen zu den „Bewerbern“ getroffen (auszugsweise Wiedergabe, Hervorhebungen im Original):

**„6.1. Berufliche Zuverlässigkeit, Befugnis, Rechtsfähigkeit, Leistungsfähigkeit (Mindestkriterien)**

- a) *Alle Bewerber, Mitglieder einer Bietergemeinschaft und Subunternehmer müssen rechtsfähig sein.*
- b) *Bewerber, Mitglieder einer Bewerbergemeinschaft und Subunternehmer müssen zur Erbringung der von ihnen jeweils angebotenen Leistungen befugt sein.*
- c) *Der bisherige Geschäftsbetrieb bzw. die bisherige Geschäftsführung darf keine Bedenken an der beruflichen Zuverlässigkeit des Bewerbers, der Mitglieder der Bewerbergemeinschaft und der angegebenen Subunternehmer begründen.*
- d) *Die Struktur und die wirtschaftliche Situation des Bewerbers bzw. der Bewerbergemeinschaft müssen sicherstellen, dass die ausgelobte Leistung problemlos erbracht wird; d.h. in concreto:*
- e) *Der/Die Bewerber/Bewerbergemeinschaft muss in Summe zumindest über 4 Personen (pro Los) verfügen können, die zur MRT-Befundung befugt und in der Lage sind*
- f) *Der Bewerber, alle Mitglieder einer Bewerbergemeinschaft bzw. Bewerber unter Berücksichtigung der Subunternehmen müssen ihre technische Leistungsfähigkeit nachweisen, d.h. in concreto*

*(1) Zu jeder der im Folgenden genannten Leistungseinheiten muss eine Schlüsselperson genannt werden,*

- *Leitung*
- *Qualitätskontrolle*
- *Koordination*

*(2) Die Schlüsselpersonen müssen*

- *über eine ausreichende berufliche Befähigung verfügen,*
- *mindestens 5 Jahre einschlägige Berufserfahrung aufweisen,*
- *in der Referenzzeit zumindest eine Referenz zur jeweiligen Leistungseinheit in verantwortlicher Funktion ausgeübt haben und*
- *im Auftragsfall auch tatsächlich für diese Leistungseinheit zur Verfügung stehen.*

*Ein und dieselbe Person kann mehrmals als Schlüsselperson genannt werden, sofern sie auch tatsächlich diese Leistungseinheiten selbst erbracht hat.*

**6.2. Nachweise, die von den Bewerbern zur Beurteilung der Erfüllung der Mindest- und Auswahlkriterien vorzulegen sind, soweit nicht zu Recht auf den Auftragnehmerkataster Österreich verwiesen wird**

**6.2.1. Rechtsfähigkeit**

- a) *Sofern der Bewerber keine natürliche Person ist: aktueller Auszug aus dem Firmenbuch, Handelsregister und/oder einem vergleichbaren Berufsregister oder der im Herkunftsland des Bewerbers vorgesehene Bescheinigung oder eine eidesstattliche Erklärung über die Rechtsfähigkeit des Bewerbers.*
- b) *Sofern der Bewerber Teil eines Konzerns ist: es sind die Gesellschaftsstruktur und etwaige Verflechtungen mit anderen Personen (verbundene Unternehmen im Sinn des UGB) übersichtlich darzustellen (Organigramm) und – wenn die Leistungsfähigkeit der übrigen Konkurrenzunternehmen bei der Bewertung mitberücksichtigt werden soll, der Nachweis, dass der Bewerber auf die Mittel dieser Personen uneingeschränkt greifen kann (Patronatserklärung gem. Anhang ./B).*

**6.2.2. Befugnis**

*Nachzuweisen ist, dass der Bewerber über die erforderliche Befugnis verfügt.*

*Eine vorläufige Prüfung hat mindestens folgende nachzuweisenden Befugnisse ergeben:*

- *Facharzt Radiologie*

*Für den Fall, dass mehrere Personen sich zu einer Bewerbergemeinschaft zusammenschließen, muss jede Person über die Befugnisse verfügen.*

**6.2.3. Berufliche Zuverlässigkeit**

*Zum Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit hat der Bewerber den Teilnahmeantrag (Anhang ./A) vorzulegen:*

**6.2.4. Beschäftigung Personal**

*Nachweis der Beschäftigten bzw. der Personen, über die der Bewerber verfügen kann.*

#### 6.2.5. Kompetenz Schlüsselpersonen

*Für die Schlüsselpersonen sind vorzulegen und bekannt zu geben,*

*a) jeweils ein beruflicher Lebenslauf und*

*b) die einschlägige Erfahrung in den jeweiligen Leistungsbereichen (vgl. Teilnahmeantrag; Anhang A)"*

II.5. Die Antragstellerin hat einen Teilnahmeantrag für alle drei Lose eingereicht.

Unter anderem hat auch Herr \*\*\*, per Zustelladresse „KH Oberwart Radiologie, \*\*\*, Dornburggasse 80, 7400 Oberwart“ einen Teilnahmeantrag für alle drei Lose eingereicht. In seinem Teilnahmeantrag wurden acht Subunternehmer namhaft gemacht, wobei bei einer Subunternehmerin angemerkt ist, dass diese mit 01.03.2018 die Befugnis zur Tätigkeit als Fachärztin für Radiologie erlangen wird (arg: Subunternehmerliste: „FA ab 1/3/2018“; Lebenslauf: „vsl.ab 01.03.2018“).

Aus dem Teilnahmeantrag geht hervor, dass Herr \*\*\* „ca. 20 % MRT Befundung“ selbst machen wird. 80 % der Leistung wird an die namhaft gemachten acht Subunternehmer vergeben.

Herr \*\*\* ist Angestellter der Auftraggeberin und Leiter der im Krankenhaus Oberwart angesiedelten Abteilung „Radiologieverbund Burgenland Mitte-Süd“ (<http://www.krages.at/krankenhaeuser/oberwart/medizinische-leistungen/abteilungen.html#c382>). Als Leiter dieser Abteilung ist er für den MRT-Bereich in den Krankenhäusern Oberwart und Güssing verantwortlich. In seinen Zuständigkeitsbereich fallen an beiden Standorten sämtliche stationäre und ambulante MRT-Untersuchungen, an beiden Standorten die Befundung der stationären MRT-Patienten und in Oberwart teilweise bzw. bis 19:00 Uhr auch die Befundung der ambulanten MRT-Patienten. Festzuhalten ist in diesem Zusammenhang, dass laut Mitteilung auf der KRAGES-Homepage vom 09.07.2018 im Krankenhaus Güssing ein gänzlich neuer MRT-Standort entsteht, wobei der Patientenbetrieb am 09.07.2018 beginnt und am Tag darauf der Abbau des alten Geräts im Schwerpunktkrankenhaus Oberwart startet, wo ebenfalls ein neues MRT-Gerät installiert wird. Die Oberwarter Radiologen werden – so die KRAGES weiter – ab Ende August wieder mit dem Patientenbetrieb beginnen können; während dieser sieben Wochen des Umbaus übernimmt Güssing die Untersuchungen für Oberwart.

Im Dienstvertrag von Herrn \*\*\*, abgeschlossen zwischen ihm und der Auftraggeberin (KRAGES) am 21.11.2014 (vorgelegt von der Auftraggeberin mit

ihrer Eingabe vom 10.08.2018) ist Folgendes vereinbart (auszugsweise Wiedergabe):

#### *„§ 8*

- (1) Die Stellung des Dienstnehmers ist eine hauptberufliche, der Dienstnehmer ist verpflichtet, der KRAGES die volle Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen. Es ist dem Dienstnehmer ohne ausdrückliche Bewilligung der KRAGES nicht gestattet, eine über diesen Dienstvertrag hinausgehende Erwerbstätigkeit selbständiger oder unselbständiger Art auszuüben.*
- (2) Dem Dienstnehmer ist jede andere Tätigkeit, in oder für eine andere Krankenanstalt, in welcher Rechtsform immer, nicht gestattet, sofern nicht eine schriftliche Genehmigung der Geschäftsführung der KRAGES vorliegt.*
- (3) Tätigkeiten oder Beschäftigungen in der Dienstzeit, die einer Nebenbeschäftigung oder Nebentätigkeit gleich kommen, sind ausdrücklich untersagt.*

#### *§ 11*

- (1) Der Dienstnehmer hat die Einhaltung sämtlicher arbeitszeitrechtlichen Vorschriften (insbesondere der Vorschriften des Krankenanstalten-Arbeitszeitgesetzes, des Arbeitsruhegesetzes, des Mutterschutzgesetzes) hinsichtlich der in seiner Abteilung beschäftigten Ärzte sicherzustellen und ist für den Dienstplan für die Ärzte seiner Abteilung verantwortlich.*
- (2) ...*

#### *§ 12*

- (1) ... Änderung dieses Vertrages sowie zusätzliche Vereinbarungen sind nur wirksam, sofern sie schriftlich getroffen werden und auf diesen Vertrag Bezug nehmen.*
- (2) ..."*

Eine ausdrückliche Bewilligung der KRAGES für die von \*\*\* im Vergabeverfahren angebotenen „*Erwerbstätigkeit selbständiger Art*“ wurde weder im Zuge des Vergabeverfahrens noch im Nachprüfungsverfahren (trotz hg. Aufforderung) vorgelegt, sondern lediglich darauf hingewiesen, dass ihm ein Prokurist der KRAGES mitgeteilt habe, dass die Auftraggeberin mit seiner Teilnahme am Vergabeverfahren und der Nebenbeschäftigung einverstanden sei und diese genehmigt werde.

Fünf der von \*\*\* namhaft gemachten Subunternehmer sind ebenfalls Angestellte der Auftraggeberin und Mitarbeiter bzw. Mitarbeiterinnen der von \*\*\* geleiteten Abteilung „Radiologieverbund Burgenland Mitte - Süd“. Die drei übrigen Subunternehmer sind in Krankenanstalten außerhalb des Burgenlandes tätig, wobei (zumindest) eine davon auch eine Ordination (in 1190 Wien) betreibt.

Von keinem der Subunternehmer wurde anlässlich des Vergabeverfahrens eine Erklärung des Dienstgebers, wonach eine derartige Nebenbeschäftigung zur Kenntnis genommen werde, vorgelegt.

II.6. Sowohl die Antragstellerin als auch Herr \*\*\* wurden mit Mitteilung der Auftraggeberin vom 07.03.2018 zur Abgabe eines Erstangebotes („Richtofert“) aufgefordert.

Die zu Verfügung gestellte Unterlage bestand aus der „Aufforderung (Erläuterungen) zur Angebotsabgabe“ (im Folgenden: Erl.RO), den Preisblättern, dem Vertragsentwurf und dem Angebotsblatt.

In den Erl.RO ist in Punkt 5.1 festgehalten, dass ausschließlich die von den Bietern abgegebenen „Last and Best Offer“ bewertet werden.

Zum Vorgehen bei der Bewertung ist Folgendes in den Erl.RO festgelegt (auszugsweise Wiedergabe, Hervorhebungen im Original):

### **„5.2 Zuschlagskriterien**

*Es werden die folgenden Zuschlagskriterien definiert:*

- 1.) **Gesamtpreis** als die Summe der folgenden Preise
- 2.) **Qualitätskriterium Ablaufkonzept** betreffend die zu erbringenden MRT-Leistungen

### **5.3. Bewertung Angebotspreis**

*Der netto Angebotspreis pro Los ergibt sich aus der Summe Kostenkomponenten für die Befundungen der dargestellten Untersuchungsgegenstände, jeweils hochgerechnet für den Zeitraum eines Kalenderjahresjahr gemäß Beilage ./A.:*



...

Die gewichteten Punkte ergeben sich aus der Multiplikation der ungewichteten Punkte (Gesamtpreis) mit der Gewichtung (Gesamtpreis). Das Honorarangebot wird jedenfalls dann einer vertieften Prüfung unterzogen, wenn der zuschlagsrelevante Gesamtpreis unplausibel niedrig, d.h. Erfahrungswerte aus in Bezug auf die Komplexität der Leistungserbringung bei Aufträgen ähnlicher Schwierigkeit und Größe unterschreitet und daher die Leistungserbringung nach den allgemeinen Grundsätzen der Betriebswirtschaft nicht wirtschaftlich durchführbar erscheint. Gleiches gilt, wenn der zuschlagsrelevante Gesamtpreis mit dem im Qualitätsteil angebotenen Personal- und Sacheinsatzplan in keinem ausgewogenen Verhältnis steht bzw. insbesondere auch dann, wenn im Rahmen des LBO der zuschlagsrelevante Gesamtpreis derart abgeändert wird, dass das Verhältnis zum Personaleinsatzplan unplausibel wird.

#### **5.4 Ablaufkonzept**

Von den Bietern ist das geplante Ablaufkonzept betreffend die MRT-Untersuchungen darzustellen. Darzulegen und bewertet werden die folgenden Punkte

- Patientenadministration – Terminkoordination, Übermittlung der Befunde, Ärztliche Aufsichtspflicht während der Untersuchung
- Befundung – Qualitätskontrollen, Dauer (von Untersuchung bis Übermittlung), Frequenz der Anwesenheit vor Ort
- Erreichbarkeit des Befunders – Konzept zum Prozess der Befundbesprechung zwischen KRAGES und Befunder (bei Bedarf), Musterprotokoll
- Technische Aspekte – Datenübermittlung
- Versorgungssicherheit – Ausfallskonzept bei Erkrankung oder sonstigem Ausfall von Befundern

Bewirbt sich ein Bieter für mehrere Lose können Unterschiede im Konzept für verschiedene Lose in einem Konzept dargestellt werden. Es muss in diesem Zusammenhang nicht für jedes Los ein gesondertes Konzept erstellt werden.

Maximal erreichbare Punktezahl aus diesem Kriterium: **10 ungewichtete Punkte.**

Die Grundlage dieser Bewertung bindet die Präsentation des Ablaufkonzepts sowie die Fragenbeantwortung dazu im Hearing bzw. im Rahmen der Verhandlungen. Die Bewertung erfolgt durch die Jury nach dem schulischen Bewertungssystem wie folgt:

- sehr gut                    10,00 Punkte
- gut                            8,00 Punkte
- befriedigend            5,00 Punkte
- genügend                 2,00 Punkte
- nicht genügend         0,00 Punkte

Die Bewertungsjury setzt sich aus folgenden Personen zusammen:

- \*\*\* – Betriebsorganisation Krages GesmbH
- \*\*\* – Betriebsratsvorsitzender KH Oberwart
- \*\*\* – Vorstand der Abteilung für Diagnostische und Interventionelle Radiologie - Göttlicher Heiland Krankenhaus, Krankenhaus der Barmherzigen Schwestern Wien und St. Josef Krankenhaus

## 5.5 Allgemeines zur Bewertung der Zuschlagskriterien

Es werden auf zwei Kommastellen gerundete ungewichtete Punkte und auf drei Kommastellen gerundete gewichtete Punkte vergeben. Minuspunkte werden nicht vergeben. Es wird nach den mathematischen Regeln auf/abgerundet.

## 5.6 Ermittlung Bestangebot je ausgeschriebener Vergabeeinheit

Die gewichtete Punkteanzahl wird wie folgt ermittelt: Die von jedem Bieter zu einem Zuschlagskriterium erreichte ungewichtete Punkteanzahl wird mit dem jeweiligen Gewichtungsfaktor multipliziert. Bestangebot ist jenes, das unter Berücksichtigung aller zulässigen (nicht ausgeschiedenen) Angebote die höchste gewichtete Punktezahl erhält. Es wird nach folgendem Muster vorgegangen:

<b>Zuschlagskriterium</b>	<b>Gewicht</b>	<b>maximale jeweils erzielbare ungewichtete Punkteanzahl</b>	<b>Maximal erzielbare gewichtete Punkteanzahl</b>
Gesamtpreis	60 %	10	6
Ablaufkonzept	40 %	10	4
<b>Summe</b>	<b>100 %</b>	<b>20</b>	<b>10</b>

Bestangebot ist jenes Last and Best Offer, das die höchste Anzahl an gewichteten Punkten hat. Bei Punktegleichheit wird jenes Angebot gewählt, das den niedrigeren Gesamtpreis hat. Bei gleicher Punkteanzahl und gleichem Gesamtpreis wird jenes Angebot gewählt, das den niedrigste[n] Preise P1 vorsieht."

Im beigeschlossenen Dienstleistungsauftrag lautet es wie folgt (Hervorhebungen im Original, auszugsweise Wiedergabe):

### „1. Vertragsgegenstand

1.1 ...

1.2 Der Dienstleister wird zur Befundung von gemäß Punkt 1.1. durchgeführten MRT-Untersuchungen an Patientinnen, deren Terminvergabe seitens des Dienstleisters koordiniert wurde[,] selbständig tätig.

1.3 ...

## **2. Rechte und Pflichten von Dienstleister**

2.1 Dem Dienstleister obliegt die Koordinierung der gegenständlichen MRT-Untersuchungstermine, wofür ihm folgende Untersuchungszeiträume zur Verfügung stehen;

- Montag bis Freitag: 16:00 Uhr bis 22:00 Uhr
- Samstag 8:00 Uhr bis 12:00 Uhr

2.2 Weiters obliegt dem Dienstleister die Überwachung dieser PatientInnen während der MRT-Untersuchung sowie die Beaufsichtigung allfällig erforderlicher Kontrastmittelgaben in diesen Fällen. Hinsichtlich dieser Überwachung sowie Beaufsichtigung steht es dem Dienstleister frei, sich auf seine Kosten entsprechend fachlich qualifizierter Vertreter zu bedienen.

2.3 ..."

In der Frageliste zum 1. Richtoffert wird die Frage nach der Organisation der Termine (jeweiliger KRAGES-Standort oder der Dienstleister) beantwortet mit „Die Terminkoordination kann von der KRAGES oder Dienstleister übernommen werden. Dieser Punkt ist Inhalt des Ablaufkonzepts und verhandelbar“. Auf die Frage, ob der Dienstleister zum Schreiben des Befundes eigene Verwaltungskräfte verwenden darf/kann wird geantwortet „Eigene im Sinne von ‘Verwaltungskräfte des Dienstleisters’ ja, im Sinne von ‘Verwaltungskräfte der KRAGES’ nein“.

II.7. Die Antragstellerin gab am 09.04.2018 ein „Richtoffert“ ab und wurde anschließend zu Verhandlungen mit der Auftraggeberin eingeladen. Diese fanden am 03.05.2018 statt und wurde darin von Seiten der Auftraggeberin klar gestellt, dass sowohl Terminvereinbarung als auch die Administration vor Ort durch die KRAGES gemacht wird. Auf dieser Basis hat die Antragstellerin am 12.06.2018 ein „Last and Best Offer“ abgegeben.

Auch Herr \*\*\* (per Zustelladresse „KH Oberwart Radiologie“) legte am 09.04.2018 ein „Richtoffert“. In seinem Ablaufkonzept ging er davon aus, dass die Patientenmeldung für alle drei Standorte zentral im Krankenhaus Oberwart „nach Vorgabe unter Einbeziehung von ‘\*\*\*’ koordiniert und terminiert“ werden. Weiters wird beispielsweise im Konzept unter dem Punkt „Ärztliche Aufsicht während der Untersuchungen“ wie folgt ausgeführt (auszugsweise Wiedergabe):

"/...

*Während der nativen MRT Untersuchungen wird gemäß Antwort 2.2 der Fragenliste eine Vereinbarung zur Kooperation mit der KRAGES getroffen, die gemäß medizinischer Strahlenschutzverordnung die Anwendende Fachkraft vor Ort stellt. Die allgemeine Honorierung ist in einem reduzierten Angebotspreis pauschal berücksichtigt.*

*Im Radiologieverbund Burgenland ist 24/7 ein Radiologe im Dienst. Daher ist primär eine Kooperation mit dem Radiologieverbund Burgenland vorgesehen. Dieser Radiologe hat in der Radiologie Oberwart im MRT Befundraum zentralen Zugang zu den gespiegelten Bildschirmen der Steuerrechner der MRT Geräte Güssing, Kittsee und Oberwart (in Oberwart bereits umgesetzt), die jederzeit eine Überwachung der Untersuchung und einen Eingriff in die Untersuchung ermöglichen.*

*Für medizinische Notfälle soll im MRT Güssing und Kittsee eine Kooperation mit den Abteilungen für Innere Medizin (alternativ Anästhesie) eingegangen werden. Bei Einsätzen dieser Kooperationspartner aufgrund medizinischer Notfälle wird ein Honorar von ... vom Dienstleister an die KRAGES (z.B. auf das Fortbildungskonto oder Drittmittelkonto) ausbezahlt.*

...

*Ein Befundungsplatz seitens der '\*\*\*' ist in Oberwart geplant. Denkbar wäre auch – wenn seitens der KRAGES gewünscht – eine Einmietung in die Räumlichkeiten z.B. im B bis D Trakt, was automatisch während der Befundungszeiten eine Anwesenheit eines Radiologen der '\*\*\*' am Spitalsgelände bedingt und somit eine zusätzliche persönliche Verfügbarkeit im Radiologieverbund schafft.*

*Als alternatives Kooperationsmodell zur Betreuung der nativen MRT Untersuchungen an den Standorten Güssing und Kittsee ist eine (teilweise) Synchronisierung der Untersuchungszeiten mit der Kernarbeitszeit der Radiologen an den Standorten möglich. Damit wäre ein Radiologe zur medizinischen Betreuung vor Ort, der auch für die Aufklärung sorgt. Mögliches Honorierungsmodell: Bei einem \*\*\* Arbeitstag übernimmt die '\*\*\*' die Kosten für \*\*\* und die KRAGES \*\*\* mit entsprechender Eintragung im Dienstplan."*

Unter dem Punkt „Befundung“ wird festgehalten, dass bei Einsatz von Mitarbeitern des Radiologieverbandes Burgenland die Befundung ausschließlich außerhalb der KRAGES-Dienstzeiten stattfindet. Weiters ist unter anderem Folgendes festgehalten: „Das Diktat erfolgt entweder vornehmlich mit Spracherkennung oder digitaler Sprachaufzeichnung, wobei zum Schreiben der Diktate eine Kooperation mit der KRAGES eingegangen werden soll“.

Unter dem Punkt „*Stärkung des Radiologieverbundes Burgenland*“ wird dargelegt, dass die „*Dienstplangestaltung im Radiologieverbund Burgenland [wird] in Konkordanz mit den Tätigkeiten bei der ‘\*\*\*’ vorgenommen wird, Kollisionen, Konflikte und Überlastungen bei der Besetzung der Dienste im Radiologieverbund Burgenland werden ausgeschlossen*“.

Vereinbarungen mit der KRAGES über die im Ablaufkonzept vorgesehenen Kooperationen bzw. Nutzungen ihrer Infrastruktur bzw. ihrer Ressourcen (beispielsweise „*24/7 Radiologe*“) wurden nicht vorgelegt und wurden von der Auftraggeberin auch nicht angefordert.

Herr \*\*\* wurde zu Verhandlungen mit der Auftraggeberin eingeladen. Diese fanden ebenfalls am 03.05.2018 statt. Anschließend hat Herr \*\*\* ein „*Last and Best Offer*“ abgegeben.

II.8. Die Unterlagen betreffend das „*Last and Best Offer*“ bestanden aus der Aufforderung (Erläuterungen) zur Angebotsabgabe eines „*Last and Best Offer*“ (im Folgenden: Erl.LBO), den Preisblättern, dem Entwurf eines Dienstleistungsvertrages, dem Angebotsblatt und eine Aufstellung über die geplanten Betriebszeiten der ambulanten MRT-Untersuchungen.

Zur „*Jury*“ ist in Punkt 3.6 der Erl.LBO Folgendes festgelegt (auszugsweise Wiedergabe):

*„Die Jury entscheidet über die Bewertung der Angebote zu dem Zuschlagskriterium ‘Qualität’ (Ablaufkonzept) unabhängig, unanfechtbar und endgültig. Die Jury und deren Mitglieder sind weisungsfrei. Jedes Jurymitglied ist zur Objektivität, zur Einhaltung der gegenständlichen Ausschreibungsbedingungen, der vorgegebenen gesetzlichen Bestimmungen verpflichtet und trägt diesbezüglich die Verantwortung.*

*Die Jury trifft ihre Entscheidungen in Form einer Mehrheitsentscheidung. Die Bewertung des Qualitätsangebotes wird jeweils begründet.*

*Die Jury entscheidet, sofern von ihr nichts Gegenteiliges beschlossen wird, in offener Abstimmung. Alle Entscheidungen werden protokolliert. ...*

*Das Protokoll hat zu enthalten*

- ...

- *die Beurteilung der Qualitätsangebote und die Begründung der Entscheidung der Jury, sowohl in Form einer Punkteentscheidung als auch als verbale Beurteilung.*"

Hinsichtlich des in den Erl.RO festgelegten Vorgehens bei der Bestbieterermittlung unterscheiden sich die Vorgaben in der Erl.LBO dadurch, dass „das Ablaufkonzept den Punkt Patientenadministration – Terminkoordination, Übermittlung der Befunde, Ärztliche Aufsichtspflicht während der Untersuchung nicht zu enthalten hat, da diese Leistung von der Auftraggeberin erbracht wird“ (siehe Punkt 5.4 Erl.LBO). Die maximal erreichbaren 10 [sic] ungewichteten Punkte aus dem Zuschlagskriterium „Ablaufkonzept“ verteilen sich gemäß Punkt 5.4 wie folgt (Hervorhebungen im Original):

- "
- *Befundung – Qualitätskontrollen, Dauer (von Untersuchung bis Übermittlung), Frequenz der Anwesenheit vor Ort: **6 ungewichtete Punkte***
  - *Erreichbarkeit des Befunders – Konzept zum Prozess der Befundbesprechung zwischen KRAGES und Befunder (bei Bedarf), Musterprotokoll 2 Punkte*
  - *Technische Aspekte – Datenübermittlung: **2 ungewichtete Punkte***
  - *Versorgungssicherheit – Ausfallskonzept bei Erkrankung oder sonstigem Ausfall von Befundern: **2 ungewichtete Punkte***"

Der Entwurf eines Dienstleistungsvertrages wurde entsprechend angepasst und in den Punkten 1.2 und 2.1 festgehalten, dass die Terminvergabe seitens der KRAGES koordiniert wird. Punkt 2.2 des Vertragsentwurfes lautet nun:

*„Weiters obliegt dem Dienstleister die vor Ort Überwachung und Beaufsichtigung dieser PatientInnen während jener MRT-Untersuchungen bei denen Kontrastmittel verwendet werden, sowie 30 Minuten nach der Kontrastmittelgabe. Bei den übrigen Untersuchungen ist eine elektronische bzw. telefonische Verfügbarkeit ausreichend. Das Kontrastmittel, sowie sämtliche Untersuchungsmaterialien werden von der KRAGES zur Verfügung gestellt.“*

II.9. Sowohl die Antragstellerin als auch Herr \*\*\* haben ihr „Ablaufkonzept“ am 18.06.2018 der Jury der Auftraggeberin präsentiert. Angemerkt wird, dass das dem „Last and Best Offer“ beigelegte Ablaufkonzept des Herrn \*\*\* jenem vom Richtoffert entsprach.

II.10. Die Auftraggeberin hat am 13.07.2018 jedem der Bieter, die ein „Last and Best Offer“ gelegt haben, die Zuschlagsentscheidung per E-Mail bekannt gegeben.

Darin wurde mitgeteilt, dass zu allen drei Losen die „\*\*\*“ das wirtschaftlich günstigste Angebot gelegt hat.

Weiters enthielt die Mitteilung zu allen drei Losen eine gleichlautende (abgesehen vom jeweils unterschiedlichen Angebotspreis und der sich daraus er rechnenden Punktebewertung) Gegenüberstellung des Angebotes der Bestbieterin mit dem des jeweiligen Bieters. Im Falle der Antragstellerin wurde daher beispielsweise zu Los 1 „Güssing“ folgende Aufstellung übermittelt (Hervorhebungen im Original):

„

Zuschlagskriterium	***	Bestbieter
Preis		***
Abwicklungskonzept		
Befundung – Qualitätskontrollen, Dauer (von Untersuchung bis Übermittlung), Frequenz der Anwesenheit vor Ort: 6 Punkte	Sehr Gut	Sehr Gut
Erreichbarkeit des Befunders – Konzept zum Prozess der Befundbesprechung zwischen KRAGES und Befunder (bei Bedarf), Musterprotokoll 2 Punkte	Sehr Gut	Sehr Gut
Technische Aspekte – Datenübermittlung 2 Punkte	Sehr Gut	Sehr Gut
Versorgungssicherheit – Ausfallskonzept bei Erkrankung oder sonstigem Ausfall von Befundern 2 Punkte	Sehr Gut	Sehr Gut
<b>Punktebewertung</b>	<b>8,58</b>	<b>10,8</b>

„

Das Ende der Stillhaltefrist wurde mit 23.07.2018 bekannt gegeben.

Eine Preisplausibilitätsprüfung bzw. eine vertiefte Angebotsprüfung hat nicht stattgefunden.

II.11. Am 16.07.2018 richtete die Antragstellerin per E-Mail folgende Fragen an die Auftraggeberin:

„1. Wer steht hinter der ‘\*\*\*’; handelt es sich hierbei um eine ARGE-Bezeichnung und aus welchen Rechtsträgern besteht diese gegebenenfalls?

2. Wer ist Träger der Berufsberechtigung der ‘\*\*\*’ und wo befindet sich deren Berufssitz iSd des § 45 ÄrzteG? Wir erlauben uns den Hinweis, dass unter der Bezeichnung ‘\*\*\*’ auf der Webseite der Burgenländischen Ärztekammer keine freiberufliche Ordination gemeldet ist.

3. Wie gewährleistet der präsumtive Bestbieter die geforderte Verfügbarkeit von mindestens 12 Radiologen (3 Lose) sowie des geforderten Schlüsselpersonals?

4. Sollte Herr \*\*\* im Zusammenhang mit dem präsumtiven Bestbieter stehen: Durch welche Maßnahmen hat die Auftraggeberin im Hinblick darauf, dass es sich bei Herrn \*\*\* um den Leiter des Radiologieverbundes der KRAGES handelt, die Einhaltung des Wettbewerbsgrundsatzes sichergestellt?

5. Wie sind angesichts der uns am 13.07.2018 zugegangenen Zuschlagsentscheidung Berichte in den Medien und auf der Webseite der KRAGES selbst zu verstehen, wonach das MRT-Gerät am Krankenhaus Güssing per 9.7.2018 den Betrieb aufgenommen haben soll?"

Unter einem wurde von der Antragstellerin im Hinblick auf den Fristenlauf um möglichst rasche Beantwortung, längstens bis 18.07.2018, ersucht.

II.12. Die Beantwortung erfolgte durch die Auftraggeberin am Freitag, 20.07.2018, 17:47 Uhr, wie folgt:

„Beim Bestbieter handelt es sich um \*\*\* [Adresse und Berufstitel wurden nicht genannt]. Sämtlichen Bietern wurden sämtliche im gegenständlichen Zusammenhang verfügbaren Unterlagen zur Verfügung gestellt. Kein Bieter war in die Erstellung von Ausschreibungsunterlagen eingebunden.

Betreffend den Beginn der Leistungen gemäß der gegenständlichen Ausschreibung verweisen wir auf die Ausschreibungsunterlagen. Die Leistungen gemäß der gegenständlichen Ausschreibungen beginnen selbstverständlich nicht im Juli 2018[.]

Anbei übermitteln wir den Auszug aus dem Juryprotokoll betreffend die verbale Bewertung und Benotung.

<b>Bieter</b>		<b>Benotung</b>	<b>Punkte</b>
<b>Kriterium</b>	<b>verbale Beurteilung</b>		
***			
Befundung – Qualitätskontrollen, Dauer (von Untersuchung bis Übermittlung), Frequenz der Anwesenheit vor Ort: 6 Punkte	<p><b>Positive Aspekte</b> ISO-Zertifizierung, dadurch nachvollziehbares Qualitätsmanagement detaillierte Darstellung der Ablauf- und Qualitätsprozesse</p> <p><b>Negative Aspekte:</b> -</p>	Sehr Gut	6



Erreichbarkeit des Befunders – Konzept zum Prozess der Befundbesprechung zwischen KRAGES und Befunder (bei Bedarf), Musterprotokoll 2 Punkte	<p><b>Positive Aspekte</b> Durch teleradiologische Einschau, während der Betriebszeiten wird das Maximum an teleradiologischer Möglichkeit erreicht Proaktive Darstellung von Besprechungsmöglichkeit mit Zuweisern und Patienten</p> <p><b>Negative Aspekte:</b> -</p>	Sehr Gut	2
Technische Aspekte – Datenübermittlung 2 Punkte	<p><b>Positive Aspekte</b> Standardisierte technische Abwicklung, die hohen Abwicklungsstandard erlaubt</p> <p><b>Negative Aspekte:</b> -</p>	Sehr Gut	2
Versorgungssicherheit – Ausfallskonzept bei Erkrankung oder sonstigem Ausfall von Befundern 2 Punkte	<p><b>Positive Aspekte</b> Durch den Pool an Spezialisten ist die Versorgungssicherheit zu 100 % gewährleistet</p> <p><b>Negative Aspekte:</b> -</p>	Sehr Gut	2

Bieter		Benotung	Punkte
Kriterium	verbale Beurteilung		
***			
Befundung – Qualitätskontrollen, Dauer (von Untersuchung bis Übermittlung), Frequenz der Anwesenheit vor Ort: 6 Punkte	<p><b>Positive Aspekte</b> ESR-Audit ist vorhanden, das etabliert und ausgereift ist. Es werden stichprobenartig anonymisierte Zweitbefundungen durchgeführt.</p> <p>Synergien mit der vorhandenen KTQ-Zertifizierung.</p> <p>Sehr gute Frequenz der Anwesenheit vor Ort. Dadurch Videokonferenz möglich durch Videokonferenzmöglichkeit zusätzlicher Qualitätsgewinn.</p> <p><b>Negative Aspekte:</b> -</p>	Sehr Gut	6
Erreichbarkeit des Befunders – Konzept zum Prozess der Befundbesprechung zwischen KRAGES und Befunder (bei Bedarf), Musterprotokoll 2 Punkte	<p><b>Positive Aspekte</b> Gute Erreichbarkeit und Befundbesprechung intra- und extramural in Zusammenarbeit mit KRAGES Verbund.</p> <p>Wichtig wird sein seitens der KRAGES klare Regelungen im Hinblick auf Aufgabenteilung ist zu definieren.</p> <p><b>Negative Aspekte:</b> -</p>	Sehr Gut	2

<i>Technische Aspekte – Datenübermittlung 2 Punkte</i>	<b>Positive Aspekte</b> <i>Standardisierte technische Abwicklung, die hohen Abwicklungsstandard erlaubt</i>  <b>Negative Aspekte:</b> -	<i>Sehr Gut</i>	2
<i>Versorgungssicherheit – Ausfallskonzept bei Erkrankung oder sonstigem Ausfall von Befundern 2 Punkte</i>	<b>Positive Aspekte</b> <i>Optimales Konzept unter Einbindung der Möglichkeiten der KRAGES</i> <i>Stärkung des Radiologieverbundes durch Attraktivierung der Spitalsradiologie (für Ausbildungsstellen und dauerhafte Oberarztpositionen)</i>  <b>Negative Aspekte:</b> -	<i>Sehr Gut</i>	2

Diese Mitteilung erging nur an die Antragstellerin und nicht auch an die übrigen im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter.

II.13. Bei der „\*\*\*“ handelt es sich um keine (natürliche oder juristische) Person. Es handelt sich auch weder um eine Bietergemeinschaft im Sinne von § 2 Z 14 BVergG 2006 noch um eine Arbeitsgemeinschaft im Sinne von § 2 Z 7 BVergG 2006, sondern hat Herr \*\*\* diese Bezeichnung für sich und die von ihm namhaft gemachten acht Subunternehmer in seiner Präsentationsunterlage so gewählt.

II.14. Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt; ein Widerruf des Vergabeverfahrens erfolgte nicht.

II.15. Die Auftraggeberin hat auf ihrer Homepage am 09.07.2018 unter anderem Folgendes bekanntgemacht (unter „Nachrichten-Archiv“; siehe <http://www.krages.at/das-unternehmen-krages/news-detail/article/optimal-service-bei-radiologischen-untersuchungen.html>):

*„Im Krankenhaus Güssing entsteht ein gänzlich neuer MRT-Standort. Der Patientenbetrieb beginnt am 09. Juli 2018. Am Tag darauf startet der Abbau des alten Geräts im Schwerpunktkrankenhaus Oberwart, wo die KRAGES ebenfalls ein neues MR installiert. Die Oberwarter Radiologen werden ab Ende August wieder mit dem Patientenbetrieb beginnen können. In den sieben Wochen des Umbaus übernimmt Güssing die Untersuchungen für Oberwart. Am Standort Kittsee richtet die KRAGES ebenfalls ein neues Gerät ein. Hier ist geplant, im ersten Quartal 2019 in Betrieb zu gehen.“*

### III. **Beweiswürdigung:**

III.1. Die – hier entscheidungswesentlichen – Sachverhaltsfeststellungen gründen auf dem Verfahrensakt bzw. den Stellungnahmen der Parteien. Gegen Richtigkeit und Echtheit der vorgelegten Unterlagen wurden von den Parteien keine Einwände geltend gemacht und sind auch beim erkennenden Senat des Landesverwaltungsgerichtes Burgenland keine diesbezüglichen Bedenken hervorgekommen.

Hervorzuheben ist insbesondere, dass sowohl die Auftraggeberin als auch die mitbeteiligte Partei in ihren Stellungnahmen zugestanden haben, dass es sich bei der „\*\*\*“ um keine Rechtsperson handelt, sondern dahinter Herr \*\*\* mit seinen acht Subunternehmern steht bzw. es sich um eine anlässlich der Präsentation verwendete Bezeichnung „dieses Teams“ handelt (siehe die Stellungnahme der Auftraggeberin vom 06.08.2018 sowie die Stellungnahme der mitbeteiligten Partei vom 10.08.2018). Eine Rechtsperson bzw. ein Rechtsträger mit dieser Bezeichnung liegt nicht vor, vielmehr wurden laut Mitteilung der mitbeteiligten Partei (noch) keine Maßnahmen zu einer Unternehmensgründung getroffen.

Nicht zutreffend ist die Behauptung der Auftraggeberin, wonach im Angebot des Herrn \*\*\* eine Nutzung der Infrastruktur der KRAGES nicht vorgesehen sei. Diese nicht näher substantiierte Behauptung steht in auffallendem Widerspruch zu den oben unter Punkt II.7. auszugsweise wiedergegebenen Ausführungen im Ablaufkonzept des Herrn \*\*\* (siehe beispielsweise seine Darlegungen zur „*Fachkraft vor Ort*“, zu den „*medizinischen Notfällen*“ oder zur „*Übertragung von Diktaten*“) sowie zur Bewertung von der Jury. So wurde von dieser die „*Einbindung der Möglichkeiten der KRAGES*“ als „*optimales Konzept*“ ausdrücklich betont und als Begründung für die Höchstpunktezahl bei einem Kriterium herangezogen. Wie die Antragstellerin hierzu zutreffend ausführt, ist die nunmehrige Behauptung der Auftraggeberin, wonach die Infrastruktur der KRAGES nicht genützt werde, schon unter Aspekten der Logik nicht weiter nachzuvollziehen und steht diese Verantwortung – wie dargelegt – im Widerspruch zum Vergabeakt.

Entsprechende mit der KRAGES abgeschlossene Verträge über die Nutzung ihrer Infrastruktur bzw. Ressourcen wurden weder im Vergabeverfahren noch im Nachprüfungsverfahren – trotz gerichtlicher Aufforderung – vorgelegt.

Weiters steht aufgrund der Jurybewertung vom 18.06.2018 und des Prüfberichts der ausschreibenden Stelle vom 04.07.2018 zweifelsfrei und unbestritten (siehe die Stellungnahme der Auftraggeberin vom 06.08.2018) fest, dass eine Preisplausibilitätsprüfung bzw. eine vertiefte Angebotsprüfung nicht stattgefunden hat.

III.2. Gemäß § 19 Abs. 3 Z 3 Bgld. VergRSG konnte daher ungeachtet des Parteienantrags von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung abgesehen werden, da bereits aufgrund der Aktenlage und den Vorbringen der Parteien die spruchgemäße Entscheidung feststeht. Im vorliegenden Fall bedarf es keiner mündlichen Erörterung, um den Sachverhalt zu ermitteln. Sachfragen sind keine zu klären, da alle für den konkreten Nachprüfungsantrag maßgeblichen Umstände aus der Aktenlage ersichtlich sind. Gegenständlich war im Wesentlichen die Frage zu klären, ob die Zuschlagsentscheidung lautend auf „\*\*\*“ rechtmäßig ist. Diesbezüglich ist – wie die Ausführungen unten zeigen – die Rechtslage klar und steht die Entscheidung im Einklang mit der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Damit stehen weder Art. 6 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) noch Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) dem Entfall der mündlichen Verhandlung entgegen (vgl. VwGH vom 08.05.2008, ZI. 2004/06/0227; vom 04.03.2008, ZI. 2005/05/0304; EGMR vom 01.06.2004, ZI. 44.925/98 [Valova Slezak und Slezak], sowie beispielsweise BVwG vom 14.11.2014, ZI. W139 2013456-2). Auch hatten die Parteien im gerichtlichen Nachprüfungsverfahren in ausreichender Weise Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme, wovon von allen Seiten ausführlich Gebrauch gemacht wurde. Alle relevanten Argumente lagen daher dem Gericht zur Beurteilung vor, sodass auch vor diesem Hintergrund von einer mündlichen Verhandlung abgesehen werden konnte (vgl. EuGH vom 28.05.2013, Rs C-239/12 P, Abdulbasit Abdulrahim/Rat und Kommission).

#### **IV. Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichtes Burgenland, Zulässigkeit des Antrages:**

Gemäß § 1 Abs. 1 Bgld. VergRSG regelt dieses Landesgesetz den Rechtsschutz gegen Entscheidungen der Auftraggeber in Verfahren nach den bundesrechtlichen Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens, die gemäß Art. 14b Abs. 2 Z 2 B-VG in den Vollzugsbereich des Landes fallen. Die KRAGES ist öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1

Z 2 BVergG 2006 und liegt im Vollzugsbereich des Landes im Sinne des Art. 14b Abs. 2 Z 2 lit. c B-VG, sodass das gegenständliche Verfahren den Bestimmungen des Bgld. VergRSG unterliegt.

Beim gegenständlichen Projekt handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich, wobei ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung durchgeführt wird. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG 2006.

Laut Mitteilung der Auftraggeberin wurde bislang der Zuschlag noch nicht erteilt, ein Widerruf der Ausschreibung ist nicht erfolgt.

Die Antragstellerin bekämpft die Zuschlagsentscheidung, welche eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit. a sub.lit. aa BVergG 2006 ist.

Die Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichtes Burgenland zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers ist daher entsprechend § 1 Abs. 1 und § 2 Abs. 2 Bgld. VergRSG iVm Art. 14b Abs. 2 Z 2 lit. c B-VG gegeben. Gemäß § 2 Abs. 1 Bgld. VergRSG obliegt die Entscheidung über den Nachprüfungsantrag betreffend ein Verfahren im Oberschwellenbereich dem Senat.

Der Antrag wurde innerhalb der Anfechtungsfrist gemäß § 4 Abs. 1 Bgld. VergRSG eingebracht.

Die Pauschalgebühr wurde in entsprechender Höhe (in concreto gemäß § 1 Abs. 1 der Burgenländischen Vergabe-Pauschalgebührenverordnung [Bgld. VPG-VO] mit 1 751 Euro für den Nachprüfungsantrag und gemäß § 1 Abs. 1, 2 und 7 leg.cit. mit 876 Euro für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) entrichtet.

Der Antragstellerin fehlen auch nicht offensichtlich die Antragsvoraussetzungen nach § 3 Bgld. VergRSG. Die Formalerfordernisse des § 5 Abs. 1 leg.cit. sind ebenfalls erfüllt. Ein Grund für die Unzulässigkeit nach § 5 Abs. 2 leg.cit. liegt nicht vor.

Der Nachprüfungsantrag ist daher zulässig.

## V. **Rechtliche Beurteilung des Antrages – Spruchpunkt I.:**

### V.1. **Zuschlagsentscheidung – bekanntgegebene präsuntive Zuschlagsempfängerin**

1. Bieter im gegenständlichen Verfahren ist Herr \*\*\*. Dieser hat den Teilnahmeantrag, das Richtoffert sowie das „*Last an Best Offer*“ gelegt.

In sämtlichen dieser Unterlagen ist bei „*Bieters (Firma)*“ jeweils „\*\*\*“ angegeben und bei „*Zustelladresse (Bewerber, bevollmächtigter Vertreter des Bieters)*“ ist jeweils

*„KH Oberwart Radiologie  
\*\*\*  
Dornburggasse 80  
7400 Oberwart“*

angeführt.

Gemäß § 2 Z 49 BVergG 2006 ist als „*Zuschlagsentscheidung*“ die an die Bieter abgegebene, nicht verbindliche Absichtserklärung, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll, definiert.

Gemäß § 2 Z 50 BVergG 2006 gilt als „*Zuschlagserteilung*“ (Zuschlag) die an den Bieter abgegebene schriftliche Erklärung, sein Angebot anzunehmen.

Aus diesen Definitionen ist klar ersichtlich, dass nur einem „*Bieter*“ der Zuschlag erteilt werden kann und sich die Zuschlagsentscheidung auch nur auf einen „*Bieter*“ beziehen kann.

Gemäß § 2 Z 13 leg.cit. ist „*Bieter*“ ein Unternehmer oder ein Zusammenschluss von Unternehmern, der ein Angebot eingereicht hat.

Bieter war im gegenständlichen Vergabeverfahren Herr \*\*\* und nicht die „\*\*\*“.

In der vorliegenden Zuschlagsentscheidung vom 13.07.2018 wurde von der Auftraggeberin bekanntgegeben, dass die „\*\*\*“ das wirtschaftlich günstigste Angebot gelegt habe und – wie aus dem Betreff zu schließen ist – dieser der Zuschlag erteilt werden soll.

Die vorliegende Zuschlagsentscheidung lautet daher auf einen „Nicht-Bieter“.

Ein derartiger Rechtsverstoß ist für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss.

Die Zuschlagsentscheidung ist daher schon aus diesem Grund für nichtig zu erklären.

2. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass es sich bei der „\*\*\*“ um keinen Rechtsträger handelt, sondern ist dies lediglich eine von Herrn \*\*\* in seinem „Ablaufkonzept“ präsentierte Bezeichnung seines Projektes bzw. seines „Teams“ (bestehend aus ihm und seinen acht Subunternehmern).

Als Bewerber (siehe § 2 Z 12 leg.cit.) bzw. als Bieter bzw. als (präsumtiver) Zuschlagsempfänger kommt aber nur ein Unternehmer oder ein Zusammenschluss von Unternehmern in Betracht.

Gemäß § 2 Z 37 leg.cit. sind „*Unternehmer*“ Rechtsträger wie natürliche oder juristische Personen, öffentliche Einrichtungen oder Zusammenschlüsse dieser Personen und/oder Einrichtungen, eingetragene Personengesellschaften oder Arbeits- und Bietergemeinschaften, die auf dem Markt die Ausführung von Bauleistungen, die Lieferungen von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen anbieten.

Rechtsträger sind alle Gebilde, denen die Rechtsordnung die Fähigkeit zuerkennt, Träger von Rechten und Pflichten zu sein. Auch teilrechtsfähige Gebilde können Rechtsträger sein. Entscheidend ist die Fähigkeit, Angebote legen und Verträge schließen zu können. Rechtlich unselbständige Einheiten wie Niederlassungen, Abteilungen oder Filialen sind keine Unternehmer iSd Z 36, sondern die dahinter stehenden Gebilde, denen die Rechte und Pflichten zugerechnet werden (siehe *M. Öhler/J. Schramm* in *Schramm/Aicher/(Fruhmant/Thienel* [Hrsg] Bundesvergabegesetz 2006 Kommentar § 2 Z 37 Rz 8).

Wie ausgeführt, handelt es sich bei der „\*\*\*“ um keinen Rechtsträger, sondern um eine Bezeichnung seines Projektes bzw. seines „Teams“. Dies hat die mitbeteiligte Partei in ihrer Eingabe auf gerichtliche Nachfrage ausdrücklich bestätigt (arg.: *„Wir sind nicht verpflichtet, eine bestimmte Rechtsform anzu-*

nehmen. ... Dementsprechend wurden noch keine Veranlassungen zur effektiven Unternehmensgründung getroffen.“). Es mag nun zwar zutreffend sein, dass keine Verpflichtung zu einer bestimmten Rechtsform besteht, allerdings muss der präsumtive Zuschlagsempfänger (wie auch der Bewerber und Bieter) rechtsfähig im Sinne des BVergG 2006 sein, um Angebote legen und Verträge schließen zu können.

Durch die bloße Bezeichnung eines Projektes oder eines „Teams“ wird dieses gesetzliche Kriterium nicht erfüllt. Es handelt sich gegenständlich auch nicht um den Namen eines allfälligen Einzelunternehmers \*\*\* (dies wurde auch nicht behauptet), da Unternehmer, die nicht ins Firmenbuch eingetragen sind, im Geschäftsverkehr ihren Vor- und Zunamen zu verwenden haben, und ins Firmenbuch eingetragene Unternehmen grundsätzlich zwar auch Fantasienamen führen können, allerdings muss die Firma den Zusatz „eingetragene Unternehmerin“/„eingetragener Unternehmer“ (bzw. die Abkürzung „e.U.“) beinhalten. All dies ist bei der Bezeichnung „\*\*\*“ nicht der Fall.

Es handelt sich auch nicht um den Firmennamen einer juristischen Person.

Dies zeigt, dass diese Bezeichnung auch nicht einem dahinter stehenden Rechtsträger zugeordnet werden kann.

Es handelt es sich aber auch um keinen Zusammenschluss von (natürlichen oder juristischen) Personen im Sinne des BVergG 2006. Als solcher käme eine Arbeitsgemeinschaft (§ 2 Z 7 leg.cit.) oder eine Bietergemeinschaft (§ 2 Z 14 leg.cit.) in Betracht (siehe *M. Öhler/J. Schramm* in *Schramm/Aicher-/Fruhmann/Thienel* [Hrsg] Bundesvergabegesetz 2006 Kommentar § 2 Z 37 Rz 12). Das Vorliegen einer solchen wurde nie behauptet und sind weder eine derartige ARGE noch eine BIEGE im gesamten Verfahren aufgetreten, geschweige denn haben diese ein Angebot gelegt

Bei der „\*\*\*“ handelt es sich also um keinen Rechtsträger, sondern um die Bezeichnung eines nicht (teil)rechtsfähigen Gebildes. Die „\*\*\*“ kann daher für die Erteilung eines Zuschlages nicht in Betracht kommen; sie ist nicht zuschlagsfähig. Ein geplanter Zuschlag an ein nicht rechtsfähiges und am Vergabeverfahren nicht beteiligtes „Gebilde“ ist für den Ausgang des Vergabeverfahrens zweifellos von wesentlichem Einfluss.



Die Zuschlagsentscheidung war daher auch aus diesem Grund für nichtig zu erklären.

3. Diese oben unter den Punkt V.1.1. und V.1.2. festgestellte Mängel können nicht mit der Mitteilung der Auftraggeberin vom 20.07.2018, welche nur an die Antragstellerin aufgrund deren Anfrage, nicht aber auch an die sonstigen verbliebenen Bieter ergangen ist, geheilt werden.

Derartige Mängel in der Rechtsperson der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sind einer Berichtigung nicht zugänglich.

So handelt es sich bei der diesbezüglichen (nur) an die Antragstellerin ergangenen „Mitteilung“ vom 20.07.2018 nicht um ergänzende Informationen oder nähere Klarstellungen zur „Person“ des Zuschlagsempfängers. Vielmehr war eine solche rechtsfähige Person in der Zuschlagsentscheidung vom 13.07.2018 nicht genannt, sondern wurde mit der Mitteilung vom 20.07.2018 der präsumtive Zuschlagsempfänger ausgetauscht bzw. erstmals ein im Sinne des BVergG 2006 rechtsfähiger Rechtsträger als präsumtiver Zuschlagsempfänger bekanntgegeben.

Es wurde damit der Inhalt der Zuschlagsentscheidung (nachträglich) verändert (und nicht bloß ergänzt oder näher erläutert). Eine derartige Mitteilung, mit der die Rechtswidrigkeit bzw. der grundlegende Mangel im Fehlen einer zuschlagsfähigen Rechtsperson beseitigt werden soll, ist unzulässig (vgl. hierzu die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu den nicht berichtigungsfähigen Mängel im AVG, siehe beispielsweise *Hengstschläger/Leeb* AVG § 62 Rz 49).

Die Mitteilung vom 20.07.2018, insoweit damit ein präsumtiver Zuschlagsempfänger genannt werden soll, ist daher unbeachtlich. Die Mitteilung ist kein Teil der Zuschlagsentscheidung (und hat auf den Ausgang des Vergabeverfahrens keinen Einfluss). Sie kann somit nicht selbst Gegenstand einer Nichtigerklärung sein. Der diesbezügliche Antrag auf Nichtigerklärung war daher als unzulässig zurückzuweisen (siehe § 5 Abs. 2 Z 1 Bgld. VergRSG).

Angemerkt wird in diesem Zusammenhang aber auch Folgendes: Selbst wenn man – anders als das Landesverwaltungsgericht – davon ausgehen würde, dass es sich bei der Mitteilung vom 20.07.2018 betreffend die „Person“ des präsumtiven Zuschlagsempfängers um eine bloß klarstellende Information

handelt, vermag dies nicht die mangelnde Begründung der Zuschlagsentscheidung (siehe dazu im Folgenden) zu sanieren. Dabei ist zu bedenken, dass diese Bekanntgabe zu einer erheblichen Verkürzung der der Antragstellerin zur Verfügung stehenden Zeit zur Einbringung eines Nachprüfungsantrages führt. Diese Informationen wurden der Antragstellerin erst auf ihr Ersuchen vom Montag, dem 16.07.2018 (die Zuschlagsentscheidung wurde Freitag, dem 13.07.2018 bekanntgegeben) und ungeachtet ihres Hinweises auf die Dringlichkeit der Beantwortung (so wurde von der Antragstellerin im Hinblick auf den Ablauf der Nachprüfungsfrist um rasche Beantwortung, längstens bis 18.07.2018 ersucht), erst am Freitag, dem 20.07.2018, 17:47 Uhr, bekannt gegeben. Dadurch wurde die Frist zur Einbringung eines Nachprüfungsantrages von zehn auf drei Tage verkürzt. Dies stellt nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes eine „erhebliche“ Verkürzung der Nachprüfungsfrist dar. Es wurde dadurch die Einbringung eines Nachprüfungsantrages erschwert bzw. behindert, was von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens ist (vgl. VwGH vom 12.09.2013, Zl. 2010/04/0066).

## **V.2. Zuschlagsentscheidung – zur Frage der ausreichenden Begründung**

1. Gemäß § 131 Abs. 1 BVergG 2006 hat der Auftraggeber den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. In dieser Mitteilung sind den verbliebenen Bietern das jeweilige Ende der Stillhaltefrist gemäß § 132 Abs. 1, die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, der Gesamtpreis sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben, sofern nicht die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmern widersprechen oder dem freien und lauterem Wettbewerb schaden würde.

In den Erläuterungen (RV 1171 BlgNR XXII. GP, 85 ff) ist zu dieser Regelung festgehalten, dass dadurch gewährleistet sein soll, dass ein nicht zum Zuge gekommener Bieter schon am Beginn der Stillhaltefrist jene Informationen besitzt, die er für einen allfälligen Nachprüfungsantrag benötigt.

2. Als präsumtive Zuschlagsempfängerin ist in der Zuschlagsentscheidung die „\*\*\*“ angegeben. Eine Anschrift oder sonstige Information war der Zuschlagsentscheidung nicht zu entnehmen.

Wie festgestellt, handelt es sich hierbei um keine Unternehmensbezeichnung, sondern um die von Herrn \*\*\* in seinem Ablaufkonzept und seiner Präsentation gewählte Bezeichnung seines Konzeptes bzw. seines „Teams“. Hinsichtlich dieses Konzeptes besteht Vertraulichkeit und wurde es daher den anderen Bietern nicht bekannt gegeben.

Wie die Antragstellerin nun zutreffend ausführt, ist in den online zugänglichen Verzeichnissen der Ärztekammern ein Eintrag mit dem Wortlaut „\*\*\*“ (oder ähnlich) nicht auffindbar. Es besteht daher für das erkennende Gericht kein Zweifel, dass für die Antragstellerin, trotz ihrer Branchenkenntnisse, nicht nachvollziehbar war, um welchen „Bieter“ es sich hierbei handelt. Wenn die Antragstellerin vermeint, dass die Bezeichnung „irreführend“ sei, „da es eine Einrichtung – wie von der mitbeteiligten Partei selbst zugestanden – dieses Namens nicht gibt“, ist ihr nicht entgegenzutreten. Mangels ausreichender Information war es der Antragstellerin daher auch nicht möglich zu beurteilen, ob diese bekanntgegebene präsumtive Zuschlagsempfängerin die Mindestanforderungen für den ausgeschriebenen Auftrag erfüllen kann, geschweige denn, warum es möglich sein könne, dass das Ablaufkonzept dieser (im Verfahren nicht existenten) Bieterin von der Jury genauso gut bewertet werden konnte, wie jenes der Antragstellerin.

Bereits durch diese falsche Benennung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in der Zuschlagsentscheidung vom 13.07.2018 wurde die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages erschwert bzw. behindert, weil die Antragstellerin bezüglich der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nur Vermutungen anstellen konnte (was sich auch in ihrem verfahrenseinleitenden Schriftsatz zeigt).

Zur Bedeutung der nachträglichen Mitteilung vom 20.07.2018 sowie zum Zeitpunkt ihrer Zurverfügungstellung wird auf die Ausführungen oben unter Punkt V.1.3. verwiesen.

Die Auftraggeberin hat jedenfalls, wie die obigen Ausführungen zeigen, ihrer sich aus § 131 Abs. 1 BVergG 2006 ergebenden Verpflichtung, den Bieter, dem der Auftrag erteilt werden soll, in der Zuschlagsentscheidung bekannt zu

geben, mit der von ihr gewählten Vorgangsweise nicht entsprochen. Die Antragstellerin hat daher nicht jene Informationen enthalten, die erforderlich wären, um einen begründeten Nachprüfungsantrag einbringen zu können. Die Zuschlagsentscheidung ist daher auch aus diesem Grund rechtswidrig.

Diese Rechtswidrigkeit ist von wesentlichem Einfluss im Sinne des § 7 Abs. 1 Z 2 Bgld. VergRSG, da – wie ausgeführt – durch diesen Rechtsverstoß die Einbringung des Nachprüfungsantrages erheblich erschwert und behindert wurde.

Daher ist die Zuschlagsentscheidung auch aus diesem Grund für nichtig zu erklären.

3. Aber auch die Begründung der Zuschlagsentscheidung wird vom erkennenden Gericht für nicht ausreichend erachtet.

Der in § 131 Abs. 1 BVergG 2006 normierte Anspruch der verbliebenen Bieter auf Information über die Gründe für die einen bestimmten Bieter nennende Zuschlagsentscheidung und die damit korrespondierende Pflicht des Auftraggebers, die Zuschlagsentscheidung mit einem bestimmten Mitteilungsinhalt zu versehen, ist nach der herrschenden Lehre unverzichtbarer Bestandteil einer unionsrechtlich geforderten effizienten Rechtsschutzverbürgung. Mit dieser Regelung soll gewährleistet werden, dass ein nicht zum Zug gekommener Bieter schon mit Kenntnisnahme(möglichkeit) der (auf einen anderen Bieter lautenden) Zuschlagsentscheidung und damit sehr zeitnah zum Beginn der Frist für einen Nachprüfungsantrag und der Stillhaltefrist die Informationen besitzt, die er für einen allfälligen Nachprüfungsantrag benötigt.

Den Kern der Informationspflicht bilden die mit der Zuschlagsentscheidung mitzuteilenden Gründe für die Ablehnung der Angebote der (anderen) im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter und die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots. Die inhaltliche Intensität der Begründungspflicht steht unter den Anforderungen des Zwecks, zu dem der Informationsanspruch des Bieters eingerichtet ist: Er muss jene Informationen über die Beurteilung des eigenen Angebots (Gründe für die Ablehnung des eigenen Angebots) und über die Beurteilung des erfolgreichen Angebots (Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots samt Vergabesumme) erhalten, die dem Bieter eine Einschätzung dahingehend ermöglichen, ob die Zuschlagsentscheidung rechtens

getroffen wurde und ihre Bekämpfung aussichtsreich ist. Das setzt einen nachvollziehbaren Vergleich der Beurteilungen der nicht zum Zug kommenden Angebote mit dem erfolgreichen Angebot voraus. Denn die inhaltliche Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung kann sich einerseits daraus ergeben, dass das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers zu gut oder das des nicht zum Zug kommenden Bieters zu schlecht bewertet wurde. Bieter, deren ordnungsgemäße Angebote aufgrund der Bewertung nicht erfolgreich sind, müssen in gleicher Weise neben der Vergabesumme auch die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots so bekanntgegeben werden, dass die Nachreihung gegenüber dem erfolgreichen Angebot für die Bieter nachvollziehbar ist. Es wird daher nicht genügen, wenn der Auftraggeber als Begründung nur die erreichten Bewertungspunkte der Zuschlagsbewertung mitteilt, ohne kurz die Gründe für die unterschiedliche Punktevergabe zu erläutern. Dass das Gesetz und die zugrundeliegende Richtlinie eine bloße „Punktetafel“ hier nicht für ausreichend erachten, wird auch aus dem zweiten Satz in § 131 Abs. 1 BVergG 2006 (und seiner im zweiten Halbsatz getroffenen Einschränkung der Begründungspflicht) deutlich (siehe zu dieser Interpretation näher *J. Aicher* in *Schramm/Aicher/(Fruhmann/Thienel* [Hrsg] Bundesvergabegesetz 2006 Kommentar § 131 Rz 26 f.).

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist der Auftraggeber zwar nicht verpflichtet, die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots „umfassend“ darzustellen. Entscheidend ist jedoch auch für den Verwaltungsgerichtshof (unter Bezugnahme auf die Judikatur des Gerichtshofes der Europäischen Union), ob es dem Bieter auch ohne Kenntnis zusätzlicher, detaillierterer Begründungselemente unschwer möglich ist, gegen die Zuschlagsentscheidung einen begründeten Nachprüfungsantrag einzubringen. Auch betont der Verwaltungsgerichtshof dabei immer wieder, dass der Bieter zu Beginn der Frist für einen Nachprüfungsantrag und der Stillhaltefrist über jene Informationen verfügen muss, die für einen wirksamen Nachprüfungsantrag unerlässlich sind. Dabei reicht zwar eine bloße Zusammenfassung der relevanten Gründe, allerdings muss sie geeignet sein, um das angestrebte Rechtsschutzziel zu erreichen. Im Bestbieterverfahren lässt daher nach der Rechtsprechung nur die Gegenüberstellung der Angebote erkennen, aus welchen Gründen die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des einen und zu Lasten des anderen Bieters erfolgt ist (vgl. VwGH vom 21.01.2014, Zl. 2011/04/0133; VwGH vom 09.04.2013, Zl. 2011/04/0173 und Zl. 2011/04/0224; so auch BVwG vom 19.01.2015, Zl. W123 2015052). Dies korreliert mit der Rechtsprechung des EuGH, wonach die Begründung die

Überlegungen des Urhebers des Rechtsaktes so klar und eindeutig zum Ausdruck bringen muss, dass ihr die Betroffenen im Hinblick auf die Geltendmachung ihrer Rechte die Gründe für die erlassene Maßnahme entnehmen können und der Richter seine Kontrollaufgabe wahrnehmen kann (vgl. EuGH 29.01.2013, Rs T-339/10 und T-532/10).

Vorliegend wurden der Antragstellerin mit der Zuschlagsentscheidung vom 13.07.2018 lediglich eine tabellarische Gegenüberstellung ihres Angebotes und jenes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin unter Angabe des jeweiligen Gesamtpreises, der im Qualitätskriterium bei den vier Subkriterien jeweils erzielten „Schulnoten“ und schließlich die Gesamtpunkteanzahl (ohne Untergliederung nach Preis/Qualität) bekannt gegeben. Nähere Angaben, insbesondere die Darlegung der Gründe, warum die Qualitätskriterien sowohl bei der Antragstellerin als auch bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gleich hoch bewertet wurden, sind nicht enthalten. Damit wird die Zuschlagsentscheidung den oben dargelegten Anforderungen nicht gerecht. Die Auftraggeberin hätte das Bewertungsschema der Jury mit seiner verbalen Umschreibung der vergebenen „Schulnoten“ näher darlegen und die Gründe für die unterschiedliche Punktevergabe erläutern müssen.

Das Erfordernis der Bekanntgabe der verbalen Umschreibung einer solchen „Schulnotenvergabe“ entspricht auch der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Von der Bekanntgabe der verbalen Begründung einer Bewertungskommission kann danach nur dann Abstand genommen werden, wenn in der Ausschreibung bestandfest festgelegt wurde, dass die Bewertung (hinsichtlich des Zuschlagskriteriums Qualität) durch die Mitglieder der Bewertungskommission "*autonom nach subjektiven Kriterien*" erfolgt. Lediglich bei einer solchen Vorgangsweise kann sich eine verbale Begründung für die Entscheidung der Bewertungskommission nur auf einen Hinweis auf die von den einzelnen Mitgliedern vergebenen Punkte beschränken, liegt in diesen Fällen doch keine in einem gemeinsamen Entscheidungsprozess – einstimmig oder mehrstimmig – erzielte begründbare Entscheidung der gesamten Kommission vor (siehe VwGH vom 21.01.2014, Zl. 201/04/0133). Der hier zu beurteilenden Rechtssache liegt aber dieser Bewertungsvorgang nicht zugrunde. Vielmehr ist bestandfest festgelegt, dass die Bewertung nicht durch jedes Jurymitglied einzeln erfolgt, sondern hat die Jury ihre Bewertung in Form von Mehrheitsentscheidungen zu treffen und diese in einem gemeinsamen Entscheidungsprozess – (zumindest) mehrstimmig – erzielte Entscheidung auch verbal zu begründen. Dies macht die Bekanntgabe einer verbalen Bewertung

unabdingbar: Ohne Kenntnis dieser Begründung ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Jury die jeweiligen Angebote hinsichtlich des Qualitätskriteriums als gleichwertig erachtet (vgl. BVA vom 18.09.2009, N/0071-BVA/13/2009-29).

Dieser Mangel in der Zuschlagsentscheidung ist der Auftraggeberin offensichtlich bewusst geworden. Deshalb hat sie in ihrer Mitteilung vom 20.07.2018 die verbale Begründung der Jurybewertung nachgereicht und auch in ihrer Replik zum verfahrenseinleitenden Antrag auf diese Übermittlung der verbalen Bewertung hingewiesen.

Dabei übersieht die Auftraggeberin aber, dass eine derart verspätete Bekanntgabe der Gründe für die Nichtberücksichtigung des Angebotes der Antragstellerin zu einer erheblichen Verkürzung der Nachprüfungsfrist von zehn auf drei Tage geführt hat (siehe hierzu oben näher die Ausführungen unter Punkt V.1.3). Diese nachträgliche Bekanntgabe vermag die unterlassene Begründungspflicht des § 131 Abs. 1 BVergG 2006 sohin nicht aufzuwiegen. Ein nicht zum Zug gekommener Bieter muss schon am Beginn der Stillhaltefrist über jene Informationen verfügen, die er für einen allfälligen Nachprüfungsantrag benötigt (VwGH vom 12.09.2013, Zl. 2010/04/0066). Dies zeigt auch der Umstand, dass der Gesetzgeber die Begründung der Zuschlagsentscheidung als Bringschuld des Auftraggebers ausgestaltet hat (VwGH vom 22.04.2009, Zl. 2009/04/0081, 0085, VwSlg 17.677 A).

Die angefochtene Zuschlagsentscheidung ist daher rechtswidrig iSd § 7 Abs. 1 Z 1 Bgld. VergRSG (vgl. VwGH vom 21.01.2014, Zl. 2011/04/0133).

Die oben genannte Rechtswidrigkeit ist für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss iSd § 7 Abs. 1 Z 2 leg.cit., da die Einbringung eines Nachprüfungsantrags durch den Rechtsverstoß erheblich erschwert und behindert wird, was die Antragstellerin ja auch gerügt hat.

Die Zuschlagsentscheidung ist damit auch aus diesem Grund gemäß § 7 Abs. 1 Bgld. VergRSG für nichtig zu erklären (vgl. VwGH vom 22.04.2009, Zl. 2009/04/0081, 0085, VwSlg 17.677 A).

V.3. Wie die Ausführungen oben zu den Punkt V.1. und V.2. zeigen – liegt hier eine **Mehrzahl von Gründen vor, wonach dem Nachprüfungsantrag**

**stattzugeben war und die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin vom 13.07.2018 für nichtig zu erklären war.**

Damit erübrigt sich im Hinblick auf das Gebot der Unverzüglichkeit der Entscheidung im vergaberechtlichen Nachprüfungsrecht (vgl. etwa § 20 Bgld. VergRSG) eine abschließende Prüfung der weiteren von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtsverletzungen. Allerdings ist aus gegebenem Anlass **aus verfahrensökonomischen Gründen auf Folgendes hinzuweisen:**

1. Ausschreibungsunterlagen sind nach den auch im Vergaberecht anzuwendenden allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914 ff ABGB (vgl. *Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts*, ÖZW 1999, S 1) nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Demnach haben der Verwaltungsgerichtshof und diesem folgend die Vergabekontrolle wiederholt zur Auslegung von Ausschreibungsbestimmungen ausgesprochen, dass diese nach dem objektiven Erklärungswert „für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter“ bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen sind (ua VwGH vom 22.11.2011, Zl. 2006/04/0024, und vom 01.07.2010, Zl. 2006/04/0139, mwN).

In den Erl.TA geht aus Punkt 6.1. hervor (siehe die Textwiedergabe oben unter Punkt II.4.), dass der Bewerber über zumindest 4 Personen pro Los, die zur MRT-Befundung befugt und in der Lage sind, verfügen muss. Im Gegensatz zu den Ausführungen beim Schlüsselpersonal wird hierbei nicht festgelegt, dass ein und dieselbe Person für die einzelnen Spitäler mehrmals genannt werden kann. Die von der Auftraggeberin gewählte Formulierung „pro Los“ schließt eine Mehrfachnennung aus und wurde hier – anders als beim Schlüsselpersonal – eine solche auch nicht ausdrücklich für zulässig erklärt. Es ist der Antragstellerin zuzustimmen, wenn sie in ihrer Stellungnahme vom 09.08.2018 darauf hinweist, dass eine „Doppelzuordnung“ zu mehreren unterschiedlichen Losen dem Ausschreibungszweck widersprechen würde. Wäre nämlich eine „Mehrfachnutzung“ zulässig, so wäre eine Ausschreibung in mehreren Losen nicht erforderlich gewesen: Nur wenn eine Mehrfachverwendung der Personen, die zur MRT-Befundung geeignet sind, ausgeschlossen ist, macht eine Ausschreibung in Losen Sinn, denn dann ermöglicht ein „Mehr“ an vorhandenen personellen Ressourcen dem Bieter, für ein, zwei oder drei Lose anzubieten. Ein Bieter, der sich um drei Lose bewirbt, muss somit über insgesamt zwölf Fachärzte für Radiologie verfügen.



\*\*\* hat nun acht Subunternehmer, sohin mit ihm persönlich bloß neun Personen namhaft gemacht, obwohl er ein Angebot für alle drei Lose gelegt hat.

Vor diesem Hintergrund würde ihm daher an der in der Ausschreibung geforderten Leistungsfähigkeit fehlen.

2. Vor der Ausgangslage, dass sämtliche Ausschreibungsunterlagen bereits bestandfest sind und die am Verfahren beteiligten Parteien daran gebunden sind, wäre auch Folgendes zu bedenken:

In den Erl.TA ist in Punkt 6.2.4. festgehalten (siehe die Textwiedergabe unter Punkt II.4.), dass Nachweise der Beschäftigten bzw. der Personen, über die der Bewerber verfügen kann, vorzulegen sind.

Sowohl bei Herrn \*\*\* als auch bei den von ihm namhaft gemachten Subunternehmern handelt es sich um in öffentlichen Krankenanstalten angestellte Ärzte, wobei neben \*\*\* auch fünf Subunternehmer bei der Auftraggeberin in einem Vollzeitbeschäftigungsverhältnis stehen. Sie beabsichtigen, die angebotene Leistungen in Form einer nebenberuflichen Tätigkeit auszuüben.

Nachweise, dass der jeweilige Dienstgeber keine Einwände gegen eine derartige nebenberufliche Tätigkeit habe, wurden im – dem Nachprüfungsverfahren zugrundeliegenden – Vergabeverfahren nicht vorgelegt.

Wenn nun die Auftraggeberin unter Hinweis auf § 70 des Burgenländischen Landesbeamten-Dienstrechtsgesetzes 1997 meint, derartige Nachweise seien nicht erforderlich, da nebenberufliche Tätigkeiten nur meldepflichtig seien und keiner Genehmigung bedürften, so ist auf Folgendes hinzuweisen:

Gemäß Abs. 3 der genannten Bestimmung ist es zwar zutreffend, dass der Dienstbehörde jede erwerbsmäßige Nebenbeschäftigung und jede Änderung einer solchen bloß (unverzüglich) zu melden sind. Allerdings kann die Dienstbehörde gemäß Abs. 6 die Ausübung einer aus den Gründen des Abs. 2 unzulässigen Nebenbeschäftigung oder Tätigkeit im Sinne des Abs. 5 unverzüglich mit schriftlicher Weisung untersagen. Abs. 2 besagt nun, dass keine Nebenbeschäftigung ausgeübt werden darf, die den Dienstnehmer an der Erfüllung seiner dienstlichen Aufgaben behindert, die Vermutung einer Befangenheit hervorruft oder sonstige wesentliche dienstliche Interessen gefährdet.

Der Dienstgeber hat damit eine Untersagungsmöglichkeit und kann die nebenberufliche Tätigkeit unterbinden. Hingewiesen wird im Hinblick auf die Untersagungsgründe des Abs. 2 auf die detaillierten Vorgaben des Krankenanstalten-Arbeitszeitgesetzes zu den Arbeits- und Ruhezeiten auf der einen Seite und auf die geplanten vergabegegenständlichen Ambulanzöffnungszeiten [Montag bis Freitag von 16:00 bis 22:00 Uhr und Samstag 08:00 bis 12:00 Uhr] auf der anderen Seite. Der Bieter hätte daher Nachweise, aus welchen hervorgeht, dass der jeweilige Dienstgeber eine derartige nebenberufliche Tätigkeit nicht untersagen würde, aufgrund der Ausschreibung (siehe Erl.TA) von sich aus im Vergabeverfahren vorlegen müssen.

Wenngleich aus der Ausschreibung der spätest mögliche Zeitpunkt der Vorlage nicht klar hervorgeht, ist jedenfalls die von der Auftraggeberin im Zuge des Vergabenachprüfungsverfahrens übermittelte, mit 08.08.2018 datierte Erklärung, wonach die bei ihr angestellten und als Subunternehmer namhaft gemachten Ärzte die Berechtigung zur Ausübung der nebenberuflichen Tätigkeit „haben“, nicht zu einer erfolgreichen Mängelbehebung geeignet. Dieses Schreiben der Auftraggeberin (und Dienstgeberin der Subunternehmer) wurde erst im Zuge des Nachprüfungsverfahrens eingeholt und erstellt, und ist im entscheidungsrelevanten Zeitpunkt des Vergabeverfahrens noch nicht vorgelegen. Im Hinblick auf den Grundsatz eines fairen Wettbewerbs und dem Erfordernis der Gleichbehandlung aller Bieter würde diesfalls ein unbehebbarer Mangel vorliegen, der im Nachprüfungsverfahren nicht geheilt werden kann (siehe *Fink/Hofer* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> [2015] Rz 1603).

Herr \*\*\* selbst benötigt laut seinem Dienstvertrag für die Ausübung einer über seinen Dienstvertrag hinausgehenden Erwerbstätigkeit selbständiger oder unselbständiger Art eine ausdrückliche Bewilligung der KRAGES (siehe den auszugsweise unter Punkt II.5. wiedergegebenen Dienstvertrag). Ein Nachweis über eine derartige ausdrückliche Bewilligung ist im Zuge des Vergabenachprüfungsverfahrens nicht vorgelegt worden; auch hier wurde erst im Nachprüfungsverfahren auf eine mündliche Zusage von einem Prokuristen der KRAGES verwiesen.

Auch wurden im hier maßgeblichen Zeitraum des Vergabeverfahrens von Herrn \*\*\* keine Nachweise betreffend die Befugnis „*Facharzt/Radiologie*“ sowie die Befugnis zur MRT-Befundung seiner Subunternehmer vorgelegt. Dies

ebenfalls entgegen den bestandfesten Festlegungen der Ausschreibung (siehe Punkt 6.2.2. Erl.TA). Solche wurden erst im Zuge des Nachprüfungsverfahrens vom Bieter \*\*\* (zumindest was ihn und seine im Burgenland angestellten Subunternehmer betrifft), von der Ärztekammer, datiert mit 30.07.2018, eingeholt.

3. Darüber hinaus ist zu bedenken, dass Herr \*\*\* in Darstellung seines „Ablaufkonzeptes“ wiederholt auf Ressourcen/Infrastruktur der Auftraggeberin zurückgreift.

So führt er beispielsweise in seinem „Ablaufkonzept“ für die Erstellung der Befunde aus: *„Das Diktat erfolgt entweder vornehmlich mit Spracherkennung oder digitaler Sprachaufzeichnung, wobei zum Schreiben der Diktate eine Kooperation mit der KRAGES eingegangen werden soll.“* Dies in Kenntnis der Frageliste zum 1. Richtoffert, wo auf die Frage, ob der Dienstleister zum Schreiben des Befundes eigene Verwaltungskräfte verwenden darf/kann, von der Auftraggeberin geantwortet wurde: *„Eigene im Sinne von ‘Verwaltungskräfte des Dienstleisters’ ja, im Sinne von ‘Verwaltungskräfte der KRAGES’ nein“* (siehe hierzu die Textwiedergabe unter den Punkten II.6. und II.7.).

Aber auch bei der geforderten *„Fachkraft vor Ort“* oder bei den *„medizinischen Notfällen“* will der Bieter \*\*\* auf die Ressourcen der KRAGES zurückgreifen (siehe die auszugsweise Wiedergabe seines „Ablaufkonzeptes“ unter Punkt II.7.). So wird auch bei der Erreichbarkeit des Befunders im Ablaufkonzept beispielsweise betreffend das Krankenhaus Oberwart ausgeführt, dass *„täglich ein Radiologe von 8-16h persönlich zur Befundbesprechung zur Verfügung [steht]. Zusätzlich werden die MRT Befunde im Rahmen der täglichen klinisch-radiologischen Konferenzen besprochen.“*

Die Jury bewertete diese Einbindung der KRAGES positiv (*„optimales Konzept unter Einbindung der Möglichkeiten der KRAGES“*), wenngleich von ihr die Erforderlichkeit einer klaren Trennung gefordert wurde (*„Wichtig wird sei[n] seitens der KRAGES klare Regelungen in Hinblick auf Aufgabenteilung [ist] zu definieren“*).

Dennoch wurde seitens der Auftraggeberin weder das Vorliegen entsprechender, mit der KRAGES abgeschlossener Verträge betreffend die Nutzung ihrer Infrastruktur/Ressourcen im obigen Sinn geprüft (solche

Verträge liegen laut Auftraggeberin nicht vor), noch wurde eine Preisangemessenheitsprüfung durchgeführt, obwohl ein Vergleich der Gesamtpreise aller Angebote je nach Los zeigte, dass zwischen dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zum Mittelwert der sonstigen Angebote eine Abweichung von 20 %, 22 % und sogar 107 % vorliegt. Ein ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis, der einer Angemessenheitsprüfung bedarf, liegt jedoch bereits dann vor, wenn die Differenz zwischen der Kostenermittlung des Auftraggebers bzw. der Vergleich der Gesamtpreise aller Angebote über 15% (sog. „grobe Abweichung“) beträgt (A. Kropik in Schramm/Aicher/Fruhmant/Thienel [Hrsg] Bundesvergabegesetz 2006 Kommentar § 125 Rz 28). Das gegenständliche Preisspektrum zeigt daher, dass die Möglichkeit eines ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreises besteht. Für diesen Fall wäre vom Bieter Aufklärung zu verlangen und vertieft zu prüfen gewesen, wobei die Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung dann nicht im Ermessen des Auftraggebers liegt (§ 125 Abs. 3 BVergG 2006).

4. Beim Bieter \*\*\* handelt es sich – wie festgestellt – um einen leitenden Angestellten der Auftraggeberin, der noch dazu jene Abteilung leitet, für die ausgeschriebenen Befundungsleistungen erbracht werden sollen. Wie aus der Medienberichterstattung hervorgeht, dürfte er von Anfang an in die Errichtung der neuen MRT-Anlagen und in deren Inbetriebnahme eingebunden gewesen sein (siehe: <https://www.bvz.at/guessing/krankenhaus-guessing-orthopaedie-sucht-primar-zubau-fuer-mrt-gesundheit-mrt-geraet-mrt-zubau-infrastruktur-krankenhaus-61903492>; <https://www.bvz.at/guessing/krankenhaus-guessing-neue-mrt-fuer-den-sueden-krankenhaus-guessing-krages-103724976>).

Als Leiter der Abteilung „Radiologieverbund Burgenland Mitte – Süd“ kennt er wie kein zweiter die internen/faktischen Abläufe, die vorhandene Infrastruktur und die Personalressourcen sowie die handelnden Personen. Als Abteilungsleiter ist er für die Dienstpläne in seiner Abteilung verantwortlich und hat er sogar in seinem „Ablaufkonzept“ darauf hingewiesen, dass er die Dienstplangestaltung „in Konkordanz“ mit der nebenberuflichen Tätigkeit seines „Teams“ vornehmen werde, „um Kollisionen, Konflikte und Überlastungen zu vermeiden“. Eine derartige Möglichkeit steht keinem anderen Bieter offen. Auffallend ist auch, dass Herr \*\*\* laut seinem „Ablaufkonzept“ auf die Ressourcen der Auftraggeberin (wie beispielsweise bei der „Übertragung der Diktate“ sowie bei der „Fachkraft vor Ort“ oder bei den „medizinischen Notfällen“ oder bei der „Verfügbarkeit des Befunders“)

zugreifen will, ohne dass es hierfür entsprechende vertragliche Vereinbarungen für eine entgeltliche Heranziehung dieser Ressourcen gibt. Es verwundert insbesondere aus dem Blickwinkel der Transparenz und Gleichbehandlung der Bieter daher, dass die Jury diese „Zusammenarbeit mit der KRAGES“ bzw. die „Einbindung der Möglichkeiten der KRAGES“, die in dieser Form wohl keinem anderen Anbieter zur Verfügung steht, als positiv für den präsumtiven Zuschlagsempfänger qualifiziert hat. Wenngleich sie dabei auch die Wichtigkeit betont, „eine klare Regelung im Hinblick auf eine Aufgabenteilung“ seitens der KRAGES zu definieren, hat die Auftraggeberin im vorangegangenen Vergabeverfahren diese „Kooperationen“ weder thematisiert noch zum Anlass für eine vertiefte Angebotsprüfung genommen. Auffallend ist auch, dass die Vorgaben der Auftraggeberin in den Erl.LBO im Vergleich zu den Erl.RO dahingehend abgeändert wurden, dass die Terminvereinbarung sowie die ärztliche Aufsicht während der MRT-Untersuchungen nun doch von der Auftraggeberin erbracht werden – so wie es im Ablaufkonzept des Herrn \*\*\* (welches dem Richtoffert angeschlossen war) vorgesehen war. In dieses Bild fügt sich auch nahtlos ein, dass die Bewertungsjury mehrheitlich aus Dienstnehmern der Auftraggeberin, also aus „Kollegen“ des Bieters \*\*\* besteht (zwei von drei Personen), wobei es sich bei einem Mitglied sogar um seinen ehemaligen Mitarbeiter (und nunmehrigen Betriebsrat) handelt.

Wenn die Auftraggeberin nun vermeint, der Wettbewerbsgrundsatz sei deshalb nicht verletzt worden, da ein Verstoß gegen die in § 20 Abs. 5 BVerG 2006 normierte Vorarbeitenproblematik nicht vorliege, so verkennt sie die Rechtslage. Es ist ihr dabei zu entgegen, dass sich der gegenständliche Sachverhalt nicht auf diese Problematik reduzieren lässt.

So hat der öffentliche Auftraggeber alle Wirtschaftsteilnehmer gleich und nichtdiskriminierend zu behandeln und in transparenter Weise vorzugehen (siehe Art. 2 „Grundsätze für die Vergabe von Aufträgen“ der Richtlinie 2004/18/EU bzw. nunmehr Art. 18 „Grundsätze der Auftragsvergabe“ der Richtlinie 2014/24/EU sowie die diesbezügliche Umsetzung in § 19 Abs. 1 BVergG 2006 bzw. § 20 Abs. 1 des Bundesvergabegesetzes 2018 – BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018).

Die Pflicht des öffentlichen Auftraggebers zur Beachtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Bieter, der die Entwicklung eines gesunden und effektivi-

ven Wettbewerbs zwischen den sich um einen öffentlichen Auftrag bewerbenden Unternehmen fördern soll, und dem Wesen der Unionsvorschriften über die Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge entspricht, bedeutet, dass die Bieter sowohl zu dem Zeitpunkt, zu dem sie ihre Angebote vorbereiten, als auch zu dem Zeitpunkt, zu dem diese vom öffentlichen Auftraggeber beurteilt werden, gleich behandelt werden müssen. Dieser Grundsatz gebietet insbesondere, dass alle Bieter bei der Abfassung ihrer Angebote die gleichen Chancen haben, was voraussetzt, dass die Angebote aller Wettbewerber den gleichen Bedingungen unterworfen sein müssen (siehe EuGH vom 11.05.2017, *Archus und Gama*, Rs C-131/16, Rz 25 und 26, mwN).

Die Verpflichtung zur Transparenz, welche daraus folgt, soll im Wesentlichen die Gefahr einer Günstlingswirtschaft oder willkürlicher Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers gegenüber bestimmten Bietern oder bestimmten Angeboten ausschließen. Dabei sollen Interessenskonflikte tunlichst vermieden werden. Dies ist auch die Zielsetzung des Art. 24 der unmittelbar anwendbaren „neuen“ Vergaberichtlinie 2014/24/EU. Ein Interessenkonflikt birgt nämlich die Gefahr in sich, dass sich der öffentliche Auftraggeber bei der Zuschlagsentscheidung von Überlegungen leiten lässt, die mit dem in Rede stehenden Auftrag nichts zu tun haben. Ein solcher Interessenkonflikt kann deshalb einen Verstoß gegen Art. 2 der Richtlinie 2004/18/EU (bzw. nunmehr des Art. 18 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU) und des in Umsetzung ergangenen § 19 Abs. 1 BVergG 2006 darstellen (siehe EuGH vom 12.03.2015, *eVigilio*, Rs C-538/13, Rz 34 und 35, sowie EuGH vom 17.05.2018, *Specializuotas Transportas*, Rs C-531/16, Rz jeweils mwN).

Ein Auftraggeber hat daher aktiv vorzusorgen und dabei alles zu tun, um Interessenkonflikte zu verhindern (vgl. EuGH vom 12.03.2015, *eVigilio*, Rs C-538/13, Rz 42 und 43).

Dieses in der Rechtsprechung des EuGH aus dem Gleichbehandlungs- und Transparenzgrundsatz abgeleitete Gebot zur Verhinderung von Interessenkonflikten hat (wie eben ausgeführt) in die Vergaberichtlinien 2014 Eingang gefunden (siehe beispielsweise Art. 24 der Richtlinie 2014/24/EU) und wurde in § 26 BVergG 2018 umgesetzt (zur unmittelbaren Anwendbarkeit der Richtlinie 2014/24/EU vgl. VwGH vom 29.06.2017, Zl. Ro 2017/04/0005, sowie VwGH vom 29.11.2017, Zl. Ro 2016/04/0053).

Gemäß der genannten Richtlinie bzw. gemäß BVergG 2018 liegt ein Interessenkonflikt „zumindest“ bzw. „jedenfalls“ vor, wenn

*„Mitarbeiter des öffentlichen Auftraggebers oder eines im Namen des öffentlichen Auftraggebers handelnden Beschaffungsdienstleisters, die an der Durchführung des Vergabeverfahrens beteiligt sind oder Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens nehmen können, direkt oder indirekt ein finanzielles, wirtschaftliches oder sonstiges persönliches Interesse haben, von dem man annehmen könnte, dass es ihre Unparteilichkeit und Unabhängigkeit im Rahmen des Vergabeverfahrens beeinträchtigt.“*

In den Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage des Bundesvergabegesetzes 2018 (siehe RV 1658 BlgNR 25. GP) wird ausgeführt:

*„Dass die Definition des ‘Interessenkonfliktes’ eine sehr umfassende und weitgehende ist, wird durch die Formulierung ‘jedenfalls’ hervorgehoben (vgl. dazu auch den Wortlaut der RL: ‘deckt zumindest alle Situationen ab’). Bereits der Anschein, dass durch bestimmte Interessen die Unparteilichkeit bzw. Unabhängigkeit eines Mitarbeiters beeinträchtigt sein könnte, reicht für das Vorliegen eines ‘Interessenkonfliktes’ aus (vgl. dazu auch die Formulierung der RL ‘von dem man annehmen könnte’). Die Bezugnahme auf ‘Mitarbeiter’ ist im Sinne des Unionsrechtes weit auszulegen; erfasst werden damit insbesondere Personen, die in einem privat- oder öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Auftraggeber stehen, sowie sonstige Organe und Personen des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsgremiums.“*

Wenn daher ein Interessenskonflikt bereits dann „jedenfalls“ vorliegt, wenn Mitarbeiter eines Auftraggebers, die an der Durchführung eines Vergabeverfahrens beteiligt sind, ein Interesse an einem bestimmten Ausgang dieses Vergabeverfahrens haben, wobei bereits der objektive Charakter und der bloße Anschein genügen (siehe Öhler, Interessenkonflikte im Lichte des Vergaberechtsreformgesetzes, ZVB 01/2018, S 7), so trifft dies für den vorliegenden Fall im besonderen Maße zu, in dem ein leitender Mitarbeiter der Auftraggeberin selbst anbietet (und überdies die Bewertungskommission mehrheitlich von Mitarbeitern des Auftraggebers besetzt ist, und ein Mitglied ein ehemaliger Mitarbeiter des Bieters ist). Hingewiesen wird in diesem Zusammenhang auch auf die einschlägigen Umsetzungsmaßnahmen betreffend den „Interessenkonflikt“ in Deutschland, wo es eine gesetzliche Vermutung gibt, dass derartige Interessenkonflikte (wenn Mitarbeiter des öffentlichen Auftraggebers Bewerber oder Bieter sind) auf das Verfahren und deren Ausgang wettbewerbsverzerrend wirken (siehe beispielsweise § 6 der deutschen Vergabeverordnung oder § 4 der deutschen Unterschwellenvergabeordnung).

Vor diesem Hintergrund und der hier dargestellten Sachverhaltskonstellation liegt es nicht fern anzunehmen, dass hier geradezu ein Paradefall eines Interessenkonfliktes verbunden mit einer erheblichen Wettbewerbsverzerrung vorliegt. Aufgrund der dargelegten „Verquickung“ und der objektiv fassbaren Nahebeziehung zwischen Auftraggeberin und dem Bieter Herrn \*\*\* ist eine Möglichkeit zur Hintanhaltung bzw. Neutralisierung eines Interessenkonflikts bei Weiterführung des Vergabeverfahrens mit dem präsumtiven Zuschlagsempfänger nur schwer denkbar, zumal bereits der Anschein der Parteilichkeit schwer zu entkräften sein wird und an einen derartigen Entlastungsbeweis selbstredend sehr hohe Ansprüche zu stellen sind (vgl. *König in Gabriel/Krohn/Neun*, Handbuch Vergaberecht<sup>2</sup> (2017), Kap. 3, S 415 ff, sowie *Öhler*, Interessenkonflikte im Lichte des Vergaberechtsreformgesetzes, ZVB 01/2018, S 7 f.).

#### **VI. Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren Spruchpunkt II.:**

Gemäß § 23 Abs. 2 Bgld. VergRSG hat der vor dem Landesverwaltungsgericht Burgenland, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller, Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 22 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber.

Gemäß § 23 Abs. 3 Bgld. VergRSG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung dann, wenn 1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und 2. dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessensabwägung abgewiesen wurde.

Gemäß § 23 Abs. 4 leg.cit. entscheidet über den Gebührenersatz das Landesverwaltungsgericht Burgenland.

Die Antragstellerin hat einen Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung und einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt. Gegenständlich handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich. Gemäß § 1 Abs. 1 Bgld. VPG-VO beträgt die Pauschalgebühr für derartige Aufträge 1 751 Euro. Gemäß Abs. 2 dieser Bestimmung beträgt die für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu entrichtende Pauschalgebühr 50 % der jeweils im Abs. 1 angeführten Gebühr, wobei die Gebührensätze gemäß Abs. 7 auf ganze Eurobeträge ab- oder aufzurunden sind. Die Antragstellerin hat diese Pauschalgebühren ordnungsgemäß entrichtet.



Mit dem Nachprüfungsantrag hat die Antragstellerin zumindest teilweise obsiegt, da das Landesverwaltungsgericht Burgenland dem Antrag, die angefochtene Zuschlagsentscheidung der KRAGES im Vergabeverfahren „Ambulante MRT-Befundungen für die Standorte Güssing / Kittsee / Oberwart“ möge für nichtig erklärt werden, stattgegeben hat und lediglich den darüber hinausgehende Antrag, auch die „Mitteilung vom 20.07.2018, dass es sich beim Bestbieter um \*\*\* handle“, für nichtig zu erklären, als unzulässig zurückgewiesen wurde. Auch dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde stattgegeben.

Die Antragstellerin hat somit Anspruch auf Ersatz der von ihr beantragten Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag iHv 1 751 Euro sowie für den Antrag auf einstweilige Verfügung iHv 875,50 Euro, gesamt sohin 2 626,50 Euro. Die darüber hinaus von der Antragstellerin zu entrichtenden 0,50 Euro (Aufrundung der Pauschalgebühr für den Antrag auf einstweilige Verfügung) waren mangels diesbezüglicher Antragstellung nicht zuzusprechen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

## VII. **Unzulässigkeit der Revision – Spruchpunkt III.:**

Die ordentliche Revision ist unzulässig, weil keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Der gegenständlich zu prüfende Anfechtungsgrund der nicht rechtmäßigen Zuschlagsentscheidung berührt keine Frage, die über den konkreten Einzelfall hinaus Bedeutung besitzt. Im Übrigen ist die Rechtslage eindeutig und weicht die gegenständliche Entscheidung weder von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Die einschlägige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sowie des Europäischen Gerichtshofes ist in der Begründung der Entscheidung zitiert. Sie ist einheitlich und widerspruchsfrei.